THÈSE EN LIGNE
Entièrement

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA PREUVE
PAR COMMUNE RENOMMÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Jeudi 1er Juin 1911, à 1 h. 1/2.

PAR

MAURICE PICARD

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. BARTIN, *professeur.*

Suffragants { MM. MASSIGLI, *professeur.*
CAPITANT, *professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5e ARRt)

1911

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA PREUVE PAR COMMUNE RENOMMÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Jeudi 1er Juin 1911, à 1 h. 1/2.

PAR

MAURICE PICARD

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Président : M. BARTIN, *professeur.*

Suffragants { MM. MASSIGLI, *professeur.*
CAPITANT, *professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5e ARRt)

1911

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552813_0016

INTRODUCTION

Le présent travail a pour objet l'étude d'un phénomène juridique bien précis, la preuve par commune renommée. C'est à vrai dire un phénomène d'importance secondaire, au moins en apparence, et qu'on a toujours quelque peu négligé. Nous avons cru cependant qu'il méritait une étude approfondie, et une double raison nous a décidé à l'entreprendre. Il nous a semblé d'abord qu'il n'était pas sans intérêt de déterminer le rôle précis que notre droit attribuait à la preuve par commune renommée. Sans doute, cette preuve a un domaine d'action extrêmement restreint, mais elle prend dans ce domaine une valeur toute spéciale. Elle n'intervient que dans deux séries d'hypothèses, mais l'une d'elles a une importance de tout premier ordre, nous faisons allusion à la théorie des reprises mobilières de la femme commune, et il est impossible de la comprendre si on n'a au préalable dégagé le rôle exact de la commune renommée. La nature même du système de preuve de ces reprises en dépend de la manière la plus étroite.

A ce premier intérêt s'en ajoute un second. Si le rôle de la commune renommée méritait ainsi d'être mis en relief, sa définition juridique nous apparaissait comme très désirable.

La preuve par commune renommée est une preuve d'une nature toute spéciale; c'est une preuve exorbitante du droit commun. Il fallait dès lors en dégager les caractères spécifiques afin d'apercevoir nettement en quoi elle différait des preuves normales que ce droit commun autorise. Nous pouvions ainsi pénétrer dans le domaine bien peu exploré de la

théorie des preuves, et, grâce à la commune renommée, en fixer quelques principes directeurs.

Tel était le double intérêt que nous apercevions à notre étude. D'une part le rôle de la commune renommée nous apparaissait comme important à dégager, parce que de sa détermination dépendait la théorie même des reprises mobilières de la femme commune. Et d'autre part la définition de la commune renommée nous permettait de pénétrer dans la théorie générale des preuves.

Mais à mesure que nos recherches avançaient, notre sujet prenait plus d'ampleur, et sa véritable signification se dégageait nettement. Le phénomène de commune renommée, en effet, nous est apparu intimement lié à un autre phénomène beaucoup plus général, l influence de l'opinion publique sur le droit. Il n'est, en réalité, que la manifestation de cette opinion sur le terrain de la preuve. Nous devions dès lors rechercher s'il n'existait pas, dans notre droit, d'autres institutions réductibles à la même idée, et constituant, sous des dénominations différentes, de véritables applications de la commune renommée. Effectivement, certaines institutions se présentaient à nous, au moins en apparence, comme des manifestations de l'opinion publique sur le terrain de la preuve. Nous avons nommé la possession d'état, la notoriété, l'acte de notoriété. Mais, bien vite, nous avons été convaincu qu'il n'y avait là qu'une apparence.

Les caractères et le rôle de la possession d'état, comme ceux de la notoriété ne permettent pas de considérer ces institutions comme des institutions de preuve. Ce sont des institutions de fond. Par contre, l'acte de notoriété, qui est sans conteste une institution de preuve, s'analyse purement et simplement en une application de la preuve testimoniale. Nous sommes dès lors resté en présence de cette constatation que la commune renommée constituait, dans notre droit, la seule manifestation de l'opinion publique sur le terrain de la preuve. Tandis que dans des cas fort nombreux, l'opinion publique crée le droit, elle n'agit sur le terrain de la preuve que dans le

domaine très restreint imparti à la commune renommée. A cette constatation fondamentale s'en est ajoutée une autre non moins essentielle. La preuve par commune renommée, dans les hypothèses très précises où elle est cantonnée, nous est apparue beaucoup moins comme une preuve que comme une sanction.

Ces deux constatations devaient, d'ailleurs, trouver leur justification dans une raison unique, que nous n'avons pas eu de peine à apercevoir. Si l'opinion publique est rigoureusement repoussée comme instrument de preuve, c'est qu'échappant à toute discussion et à tout contrôle, elle est essentiellement dénuée de force probante. Lorsqu'elle agit à ce titre, elle prend nécessairement le caractère de sanction.

Nous avons été ainsi amené, par la force même des choses, à étudier le problème de l'influence de l'opinion publique, et dans une certaine mesure de l'opinion individuelle, sur la preuve du droit. C'est ce problème assez nouveau et fort suggestif qui constitue le fond de notre travail. Nous devons savoir gré à la commune renommée de nous avoir permis de le poser.

Nous tenons, en terminant, à remercier M. le professeur Bartin, qui a bien voulu nous permettre de nous inspirer de son cours sur la théorie des preuves, et qui nous a constamment aidé de ses conseils. Nous lui exprimons ici notre profonde reconnaissance.

PREMIÈRE PARTIE

ETENDUE D'APPLICATION DE LA PREUVE PAR COMMUNE RENOMMÉE

SECTION I

ETUDE DES ARTICLES 1415 ET 1504

L'étude de ces deux articles, dont l'un concerne le régime de la communauté légale, et l'autre la clause de réalisation jointe à ce régime, nous met en présence de trois questions essentielles.

La première vise la détermination précise des hypothèses auxquelles ils s'appliquent. La seconde a trait aux conditions d'application auxquelles ils se trouvent soumis. La troisième, enfin, est celle de savoir si leurs dispositions sont spéciales aux régimes de communauté, ou si elles peuvent être étendues aux autres régimes matrimoniaux.

CHAPITRE PREMIER

Détermination des hypothèses régies par les articles 1415 et 1504

I. *Art. 1415.* — Le domaine d'application de l'article 1415 est très nettement précisé. Cet article suppose une succession mixte, grevée de dettes, qui échoit à une femme mariée sous le régime de la communauté légale. Le mari ne fait pas inventaire. Les créanciers de la succession agissant en vertu de l'article 1416 poursuivent la communauté et celle-ci paye la totalité des dettes. Ou bien ces dettes sont payées par la femme elle-même. Mais ni la femme, ni la communauté ne sont tenues en définitive de les supporter intégralement. Elles ne doivent les supporter que dans la mesure où elles profitent l'une et l'autre de l'actif : la communauté, eu égard à la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles, la femme, dans la proportion inverse. Ainsi décide l'article 1414. Il y a donc lieu à récompense dans les deux cas, et c'est précisément l'étendue de cette récompense qui constitue toute la difficulté, car on va se trouver en présence de prétentions nécessairement contraires. La femme aura intérêt à grossir la valeur du mobilier pour voir diminuer sa part contributoire, c'est-à-dire la récompense par elle due à la communauté [ou si c'est elle qui a payé pour voir augmenter ses reprises] et le mari, par contre, cherchera à restreindre autant que possible l'évaluation de ce même mobilier, afin de diminuer d'autant les dettes de la communauté. C'est donc à l'évaluation du

mobilier (1) que se limite la difficulté, et on comprend dès lors, que c'est du procédé même d'évaluation que dépendront, en dernière analyse, les droits des parties. Aussi la loi a-t-elle déterminé elle même ce procédé d'évaluation. L'article 1415 déclare que la valeur et la consistance du mobilier successoral ressortiront de l'inventaire auquel devra procéder le mari, mais qu'en l'absence d'inventaire, la femme ou ses héritiers pourront prouver par tous les moyens, et même par la commune renommée, cette consistance et cette valeur.

Tel est le sens rigoureusement précis de l'article 1415, et sa précision a le mérite de couper court à toute discussion. On ne voit guère, d'ailleurs, au premier abord, à quelles hypothèses différentes de celles du texte pourrait, sous le régime de la communauté légale, s'appliquer la commune renommée, puisque le mobilier, échu à la femme à un titre quelconque, pendant toute la durée de cette communauté, ne lui devient propre qu'en vertu d'une réserve expresse (art. 1401, 1°) Mais alors, par la force même des choses, cette réserve détermine rigoureusement la consistance du mobilier qu'elle rend propre à la femme (2). On pourrait, toutefois, imaginer des hypothèses, où il n'en irait pas tout à fait ainsi. En voici au moins deux. Supposons une succession mixte ou entièrement mobilière mais libérée de toutes dettes, échue à une femme commune pendant la durée de la communauté. Le *de cujus* a déclaré que cette succession serait propre à la femme. Le mari ne fait pas inventaire. La femme ou ses héritiers pourront-ils prouver par commune renommée la consistance et la valeur du mobilier? Ou bien supposons un don manuel fait à cette même femme commune avec cette réserve qu'il ne tombera pas dans la communauté. L'existence du don manuel étant régulièrement établie, la femme ou ses héritiers pourront-ils prouver par commune renommée l'étendue de ce don?

Nous admettrions parfaitement, pour ces deux hypothèses,

(1) L'évaluation des immeubles ne soulève en effet aucune difficulté sérieuse.

(2) Aussi la pratique est-elle très pauvre de documents sur l'application de la commune renommée en matière de communauté légale.

l'application de la commune renommée, non pas en vertu de l'article 1415 qui, par lui-même, est un texte inextensible, mais en vertu de l'article 1504, par la raison que nous nous trouvons en présence d'une communauté transformée par la volonté du *de cujus* ou du donateur, et dans la mesure de leur réserve, en une véritable communauté d'acquêts. Nous sommes ainsi amené à l'étude des hypothèses prévues par l'article 1504.

II. — *Art. 1504.* — Cet article vise directement la clause de réalisation ajoutée à la communauté légale, mais personne (1) n'hésite à l'étendre à la communauté d'acquêts, qui n'est historiquement et réellement que la juxtaposition de la clause de séparation de dettes et de la clause de réalisation. Son domaine d'application est incontestablement plus large que celui de l'article 1415, par la raison bien simple qu'ici les propres de la femme sont infiniment plus nombreux. Ce n'est plus seulement la valeur du mobilier d'une succession mixte à elle échue que la femme pourra établir par la commune renommée, c'est aussi la valeur de tout le mobilier à elle advenu pendant la durée de la communauté à un titre quelconque. Mais précisément, parce qu'il régit des hypothèses plus fréquentes, l'article 1504 a donné lieu à de plus nombreuses difficultés dans le détail desquelles nous devons rentrer. On peut les classer sous deux chefs principaux.

1° On s'est d'abord demandé si le mobilier échu à la femme pendant le mariage se trouvait protégé par l'article 1504 lorsque l'acte d'où dérive le droit de la femme cachait une fraude à la loi. On connaît l'hypothèse précise que nous avons en vue. Un propre immobilier de la femme est vendu, et, comme il arrive fréquemment, une partie du prix est dissimulée dans l'acte de vente. Cette partie du prix tombe dans la communauté à charge de récompense. La femme peut-elle à la dissolution de la communauté, établir par la commune renommée l'étendue de la dissimulation, le fait même de la dissimula-

(1) Sauf Laurent dont on connaît le système d'interprétation littérale.

tion étant supposé régulièrement établi ? La question a été soumise en 1875 à la Cour de cassation, dans des termes, il est vrai, un peu différents (1). La femme voulait établir par la commune renommée le fait même de la dissimulation ; mais la Cour dans son arrêt vise également la preuve de l'étendue de la dissimulation en décidant « que l'importance du prix peut être établie par la femme à l'aide de toute espèce de preuves, même par de simples présomptions ». Elle admet donc une très grande liberté de preuves, mais non la commune renommée, contrairement à la Cour de Bourges dont elle a cassé l'arrêt. Si nous interprétons bien la pensée de la Cour, nous ne pouvons que l'approuver. Elle trouve en effet sa justification dans le fondement même que l'arrêt donne au droit de la femme de réclamer la partie du prix dissimulée tel que nous allons l'établir en étudiant le second chef de difficultés que nous avons annoncé.

2° On devine maintenant en quoi consistent ces difficultés nouvelles. Dans toutes les hypothèses visées sans aucun doute par l'article 1504, comme dans celle que nous venons d'examiner, un seul point était en question : la consistance ou la valeur du mobilier échu à la femme, le titre d'acquisition étant supposé régulièrement établi. Supposons maintenant que ce titre d'acquisition, la femme ne puisse l'établir d'après le droit commun, et demande à en faire la preuve par la commune renommée. Le pourra-t-elle ? A deux reprises, les tribunaux ont eu à répondre à cette question en matière de dissimulation et de don manuel.

a) *Dissimulation.* — Nous savons déjà comment se présente la difficulté en matière de dissimulation. La femme veut prouver par commune renommée qu'une dissimulation de prix a été faite dans l'acte de vente d'un de ses propres immobiliers. Il ne s'agit plus seulement de la preuve de l'importance de la dissimulation, mais de la preuve du fait même de la dissimulation. On pressent la réponse faite par la Cour de

(1) Arrêt du 18 janvier 1875, S. 76. 1. 5. note Labbé.

cassation à la nouvelle prétention de la femme. Elle n'a pas hésité à la repousser (1).

Il faut reconnaître que les conséquences auxquelles conduirait l'application à notre hypothèse de la commune renommée, renforcent singulièrement cette décision. Il arrive, en effet, fréquemment que la vente est faite par la femme elle-même autorisée de son mari. Admettre alors la commune renommée, ce serait, sous le couvert d'un système de preuves, donner à la femme une véritable incapacité dotale ; elle serait, suivant l'expression de M. Labbé, « sauvée de ses propres actes et sauvée contre elle-même » (2). Aussi estimons-nous que la Cour de cassation a eu raison de ne pas suivre les Cours de Bourges et de Besançon qui s'étaient prononcées pour l'admission de la commune renommée. Nous justifierons bientôt d'un mot cette solution. La situation de la femme reste d'ailleurs excellente. Elle ne pourra, disons-nous, invoquer l'article 1504, mais elle bénéficiera de l'article 1348. La Cour suprême considère en effet qu'en portant au contrat de vente une somme inférieure à celle que l'acheteur s'est engagé à payer et a effectivement versée, le mari a commis un quasi-délit donnant ouverture à une indemnité. Pour établir son droit à l'indemnité, la femme pourra user de tous les moyens de preuve autorisés par le droit commun, sans qu'il y ait à distinguer entre le mari et les créanciers de la communauté (art. 1382). Elle pourra d'ailleurs en user même dans le cas où elle aura concouru à l'acte d'aliénation, par ce motif, dit la Cour, « qu'elle ne saurait perdre une partie de la récompense que lui accorde l'article 1436 par un fait qui doit être considéré comme le résultat forcé de l'ascendant marital ».

b) *Don manuel.* — C'est dans des termes, en apparence identiques, que se pose la question en matière de don manuel. La femme peut-elle établir par la commune renommée l'existence

(1) Req. 18 janvier 1875, précité; Civ. 30 décembre 1857, D. 58. 1. 38; Douai 28 avril 1851, D. 52. 2. 290 ; *contrà* Besançon, 21 juin 1845, D. 51. 5. 93 ; Bourges, 4 juillet 1874, sous Cass., 18 janvier 1875.

(2) Note sous Cass., 18 janvier 1875, précité.

d'un don manuel? Contrairement à la position prise par elle en matière de dissimulation, la Cour de cassation répond ici affirmativement.

« Attendu, lisons-nous dans un arrêt de la Chambre civile du 29 décembre 1902 (1), qu'aux termes de l'article 1504-2° applicable au régime de communauté réduite aux acquêts, la femme est admise à faire preuve, soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée, de la valeur du mobilier qui lui est échu au cours du mariage, lorsque le mari a négligé d'en faire inventaire. Attendu que cette disposition peut être invoquée par la femme à l'effet d'établir non seulement la valeur de ce mobilier, mais le fait même de son acquisition, notamment au moyen de dons manuels ». N'y a-t-il pas contradiction entre cette solution et celle de l'arrêt du 18 janvier 1875 rendu dans l'hypothèse de la dissimulation? Ne s'agit-il pas dans les deux cas d'établir le titre d'acquisition, et la même solution de s'impose-t-elle pas? En réalité la situation n'est identique qu'en apparence et la divergence des solutions s'explique parfaitement. Un trait essentiel la souligne. Nous avons noté que l'arrêt du 18 janvier 1875 autorisait la femme à prouver par tous moyens son droit à une indemnité, même à l'encontre des créanciers de la communauté. En serait-il de même dans notre hypothèse? Incontestablement non! la femme ne pourrait établir l'existence du don manuel à l'encontre des créanciers de la communauté qu'à l'aide d'un inventaire (2). Cette seule différence nous permet d'apercevoir l'opposition profonde qui sépare les deux situations. En réalité, il ne s'agit pas pour la femme qui demande à prouver l'existence d'une dissimulation de prix, d'établir le titre d'acquisition d'un propre; il s'agit d'établir son droit à une indemnité résultant d'une faute quasi délic-

(1) D. 1904. 1. 401, note de M. Guénée. Dans le même sens, Req. 28 nov. 1866, S. 67. 1. 110, D. 67. 1. 209; Douai, 11 avril 1884. S. 84. 2. 156; *contrà*, Douai, 27 mai 1841. S. 41. 2. 440; Bordeaux, 26 janvier 1874. S. 74. 2. 140; Angers, 4 mars 1903, S. 1904. 2. 281.

(2) Nous justifierons plus tard cette affirmation.

tuelle du mari. Le droit spécial du régime de communauté ne peut alors intervenir ; c'est le droit commun de l'article 1348-1° qui reçoit application.

La formule de l'arrêt de 1902 demeure donc entière : la femme peut établir par la commune renommée l'existence du titre d'acquisition. Il reste toutefois une deuxième contradiction beaucoup plus délicate à écarter. La Cour de cassation s'est en effet refusée à suivre jusqu'au bout la logique de son système. Si elle autorise la femme à établir par la commune renommée l'existence d'un don manuel à elle fait par un tiers, elle lui refuse ce droit lorsque le don manuel a été fait par le mari. Ainsi a décidé un arrêt de la Chambre civile du 6 février 1905 (1). « Attendu, dit-il, que la femme doit être déclarée irrecevable à établir, à l'aide des modes de preuve prévus par ces textes (art. 1415 et 1504) l'existence d'un don manuel inférieur à 150 francs, lorsque cette libéralité lui a été faite, non par un tiers, mais par son mari lui-même ; — que d'une part, en effet, dans cette dernière hypothèse, il n'existe aucune obligation pour le mari de faire dresser un inventaire ou un autre acte constatant la remise des valeurs à sa femme ; — et que, d'autre part, il n'y a pas nécessairement impossibilité morale à ce que la femme obtienne du mari, qui se dépouille en sa faveur, un écrit quelconque établissant la libéralité dont elle est l'objet ». Des raisons alléguées par la Cour suprême à l'appui de sa décision, la première seule nous intéresse comme visant l'article 1504. On en devine aisément l'insuffisance. Comme l'a très justement fait observer M. Naquet (2), on ne voit pas pourquoi le mari, administrateur des biens donnés à sa femme par un tiers, ne le serait pas des biens par lui donnés. La différence que la Cour établit ainsi entre ces deux sortes de biens paraît purement arbitraire. Mais il faudrait se garder d'apprécier l'arrêt sur ses seuls motifs. Nous devons introduire dans le débat un élément nouveau qui en modifie

(1) D. 1905. 1. 481, note de M. Guénée, S. 1907. 1. 393, note M. Naquet.
(2) Note au S. 1907. 1. 393.

singulièrement la physionomie. Nous voulons parler du régime matrimonial des deux époux. Sous quel régime étaient-ils mariés? Les nombreux arrêts auxquels a donné lieu cette affaire Abdy n'apportent sur ce point aucune précision. Il nous semble, toutefois, d'après les faits qui ont été rapportés, que les époux étaient soumis à la loi anglaise. Le mari était anglais, la femme d'origine hongroise, et le mariage avait eu lieu à Londres (1). Si cette interprétation est exacte, le rejet de la commune renommée s'expliquerait tout naturellement, cette preuve étant, nous le verrons par la suite, intimement liée aux régimes de communauté, et ne pouvant être étendue, d'après la jurisprudence elle-même, aux autres régimes. Mais, de plus, nous pourrions lire très facilement les motifs donnés par la Cour suprême. Elle aurait raison de dire que le mari n'était pas tenu en tant qu'administrateur de faire dresser inventaire des objets dont il faisait don à sa femme, le mari n'étant pas, d'après la loi anglaise, administrateur des biens de sa femme. On comprendrait aussi l'argument tiré de l'impossibilité morale. Nous verrons en effet que, en dehors des régimes de communauté, la femme est soumise pour la preuve de ses reprises au droit commun. Il lui est alors possible, pour bénéficier de l'article 1348, de prouver qu'elle était dans l'impossibilité morale d'obtenir de son mari un écrit (2). Nous croyons, dès lors, que le principe posé dans l'arrêt du 29 décembre 1902, autorisant la femme à établir par la commune renommée l'existence du titre d'acquisition, demeure sans réserve (3).

(1) En ce sens v. Charmont. Examen doctrinal, *Revue critique*, 1909, p. 529.

(2) Civ. 28 octobre 1908; D. 1909. 1. 170, note de M. Capitant; Sir. Charmont, *Revue critique*, 1909, p. 527; Wahl, *Revue trimestrielle*, 1909, p 164.

(3) Nous ne saurions affirmer d'une manière trop absolue l'exactitude de notre interprétation de l'arrêt du 6 février 1905. Les deux époux avaient en effet, aussitôt le mariage célébré, fixé leur domicile matrimonial en France. N'avaient-ils pas ainsi manifesté leur intention de se soumettre à la loi française? Comment aussi expliquer, si les époux étaient soumis à la loi anglaise, que la Cour de Cassation ait discuté la question sur le terrain de l'article 1504? Mais, même en admettant l'interprétation contraire à celle que nous avons adoptée, la doctrine de l'arrêt de 1902 ne saurait être atteinte, les magistrats ayant eu surtout en vue

Nous avons, avec cette dernière difficulté, achevé de préciser les hypothèses régies par les articles 1415 et 1504. Le premier de ces articles autorise la preuve par commune renommée de la consistance et de la valeur d'un mobilier non inventorié compris dans une succession mixte échue pendant la communauté à une femme commune. Le second autorise cette même preuve pour établir l'existence, la consistance et la valeur d'un mobilier propre, échu à une femme mariée sous le régime de la communauté d'acquêts, à un titre quelconque, réserve faite de l'hypothèse de la dissimulation. De plus, dans toutes les hypothèses où la commune renommée a été admise, nous avons constaté la nécessité d'un inventaire à l'égard des créanciers de la communauté. Là au contraire où cet inventaire n'était pas nécessaire la commune renommée a été rejetée. Inventaire et commune renommée nous sont apparus comme intimement liés.

en 1905 d'écarter la prétention d'une femme qui n'était digne d'aucun intérêt. L'arrêt du 6 février 1905 serait un arrêt d'espèce.

CHAPITRE II

Conditions d'application de la preuve par commune renommée aux hypothèses régies par les articles 1415 et 1504

Le fonctionnement de la preuve par commune renommée dans les hypothèses que nous venons de dégager soulève trois questions essentielles qu'il nous faut successivement examiner :

1. Par qui la commune renommée peut-elle être invoquée ?

2. A quelles conditions?

3. A qui peut-elle être opposée ?

I. — La preuve par commune renommée, dans tous les cas cas où la loi l'autorise, peut être invoquée, à n'en pas douter, par la femme et par ses héritiers; les articles 1415 et 1504 sont formels. A l'inverse, nous déclare l'article 1415, le mari n'est jamais recevable à user de cette preuve. Mais ni l'article 1415, ni l'article 1504 ne parlent des héritiers du mari. Les principes généraux nous amènent à dire que les héritiers du mari, étant ses ayants cause, ne doivent pas avoir plus de droits que leur auteur. Ce principe fondamental d'égalité de situation du mari et de ses héritiers ne peut être écarté que par un texte ou une raison décisive. De texte, nous n'en avons pas ; mais on a prétendu trouver une raison décisive dans la nature de la preuve dont il s'agit. La preuve par commune renommée, a-t-on dit (1), est une preuve dirigée contre le

(1) Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, tome II, n° 762.

mari qui a omis de faire inventaire. Les peines étant personnelles ne doivent atteindre que les personnes mêmes visées par la loi. Or la loi ne parle pas des héritiers du mari ; et il est, d'ailleurs, parfaitement juste que ceux-ci n'aient pas à souffrir d'une faute dont leur auteur est seul coupable. Ils peuvent donc se servir de la commune renommée. Un tel raisonnement, si rigoureux en apparence, constitue, au fond, un pur paralogisme. Admettons, en effet, provisoirement, cette idée de peine civile qui est à la base du raisonnement. En quoi consisterait-elle ? Serait-ce dans l'interdiction pour le mari de se servir de la commune renommée ? Evidemment non, mais dans la possibilité pour la femme d'en user. Cela suffit à ruiner le raisonnement. Allons plus loin. Même en considérant comme une peine l'exclusion de la commune renommée pour le mari, le raisonnement manquerait encore de base. Il suppose, en effet, démontré que le principe de la personnalité des peines s'applique aussi bien à la peine civile qu'aux peines criminelles. Or, rien n'est moins certain. A maintes reprises, la Cour de cassation a jugé le contraire en matière de recel, par exemple, en décidant que la peine du recel frappait aussi bien les héritiers du conjoint et de l'héritier que l'héritier ou le conjoint lui-même (1). Il n'y a pas à insister. Même en considérant la preuve par commune renommée comme une peine, même en admettant que l'idée de peine est attachée à l'exclusion de la commune renommée pour le mari, on n'aboutit nullement à autoriser les héritiers du mari à se servir de cette preuve exceptionnelle. Aussi bien ce n'est pas dans la nature de la preuve par commune renommée qu'ils trouveront une raison décisive. Mais ils peuvent se placer sur un autre terrain, en apparence plus solide. Ce terrain, on l'a deviné, est celui de la réserve. Les héritiers du mari puisent en effet dans la réserve un droit propre ; en tant

(1) Cass., 4 déc. 1844. S. 1845. 1. 191 ; Trib. d'Auxerre, 16 février 1881, S. 81. 2. 94 ; Cass., 11 nov. 95, S. 96 1. 281 ; Civ 7 déc. 1898, S. 1900. 1. 29, note de M. Ferron. Ce dernier arrêt statue sur une hypothèse où l'héritier ne pouvait échapper à la peine, étant convaincu de complicité.

que réservataires, ils cessent d'être les ayants cause de leur auteur. Supposons donc que le défaut d'inventaire porte atteinte à leur réserve. Pourront-ils faire preuve par commune renommée de la consistance et valeur du mobilier non inventorié ? Il importe de voir de façon précise comment naît la difficulté. Sur l'article 1415, il faut supposer que la communauté a payé la totalité des dettes de la succession mixte, le mari n'ayant pas fait inventaire. Or, dans cette hypothèse, la Cour de cassation déclare que, tant que le mari n'a pas fait inventaire du mobilier de cette succession, ou que les héritiers du mari n'établissent pas la consistance de ce mobilier, le mari ou ses héritiers n'ont aucune répétition à exercer contre la femme, à raison des dettes de cette succession payées par la communauté. Faute de pouvoir réclamer cette récompense, les héritiers voient leur réserve atteinte. Sur l'article 1504, la question se pose de façon un peu différente. Il faut supposer que le mari n'a pas fait inventaire d'un mobilier à lui échu et qui doit lui rester propre. Ce mobilier est déclaré commun et les héritiers en souffrent dans leur réserve. On peut, d'ailleurs, compliquer l'hypothèse. Les héritiers du mari apportent la preuve que le défaut d'inventaire a été calculé de la part de leur auteur de façon à avantager indirectement sa femme. Le défaut d'inventaire, disent-ils, cache alors une donation déguisée, et l'article 1099 doit recevoir application.

Toutes ces difficultés ont été touchées par deux arrêts d'appel, l'un de Limoges du 3 août 1861, l'autre de Caen du 1er février 1890 (1). Ils admettent tous deux une grande liberté de preuves, mais non pas la commune renommée. « Attendu, dit la Cour de Caen, que (si la somme en litige était réputée commune) la quotité d'usufruit dont la loi permet la disposition au profit du conjoint serait ainsi dépassée, et la réserve de l'héritier entamée, que la mineure Partin, non plus du chef de son auteur, mais en vertu d'un droit propre, est donc

(1) S. 61. 2. 241 et *Rec. arrêts de Caen et de Rouen*, 1890, p. 159.

fondée à établir l'avantage indirect fait à l'époux aux dépens de la réserve par l'attribution à la communauté de la somme en litige, et que, s'agissant d'une fraude à la loi, elle doit être admise à faire cette preuve par tous moyens, même par présomptions ». Nous admettons pleinement la doctrine de ces arrêts. Il est, tout d'abord, croyons-nous, certain que nous ne nous trouvons dans aucun cas en présence d'une libéralité indirecte, par la raison que les avantages résultant du fonctionnement des règles de la communauté ne peuvent, suivant la disposition finale de l'article 1527, être considérés comme des libéralités, tout au moins s'il n'existe pas d'enfants d'un précédent mariage. Il ne peut donc y avoir violation de l'article 1099. Mais on doit incontestablement autoriser les héritiers réservataires, dans l'hypothèse où il est régulièrement établi que le mari a voulu intentionnellement porter atteinte à la réserve, à prouver par tous moyens la consistance et valeur du mobilier propre au mari, car il y a fraude à la loi. La même solution s'impose, s'il existe des enfants d'un premier lit. Il y a alors libéralité véritable, libéralité déguisée, nulle aux termes de l'article 1099; on doit autoriser tous moyens de preuve, mais non la commune renommée.

En définitive seuls la femme et ses héritiers pourront user de la preuve par commune renommée. Mais qu'on entende bien ce que cela signifie. Seuls, la femme et ses héritiers pourront prendre l'initiative de cette preuve, mais il est bien certain que, cette initiative prise, les héritiers, pour leur défense, pourront opposer des preuves identiques.

II. — La condition primordiale à laquelle est subordonnée l'application de la commune renommée est le défaut d'inventaire (art. 1415 et 1504). Le défaut d'inventaire autorise la commune renommée; l'inventaire régulier l'exclut. Mais entre le défaut d'inventaire et l'inventaire régulier, il y a place pour l'inventaire tardif et pour l'inventaire incomplet. Quelle sera l'influence de ces deux vices? Pour l'inventaire tardif il ne semble pas que la difficulté soit bien sérieuse. On sait que le code ne contient pas de texte général pour le délai de confection

d'un inventaire. Le Code de procédure civile est muet. Seul, le Code civil, à propos du bénéfice d'inventaire (art. 795), de la renonciation de la femme à la communauté (art. 1456), et des droits de la veuve (art. 1465) fixe ce délai à trois mois. Cette fixation est faite par le Code dans l'intérêt des créanciers, et il attache à l'observation de ce délai une sanction, qui va, comme dans l'hypothèse de l'article 1456, jusqu'à la suppression du droit que l'inventaire a pour mission de sauvegarder. Une telle rigueur doit nous faire hésiter à généraliser les dispositions des articles 795, 1456 et 1465. Mais il y a plus. Les articles 1415 et 1504 nous placent en présence d'un administrateur de la fortune d'autrui. Or quand la loi veut imposer un délai de rigueur à un administrateur de ce genre, elle prend soin de le dire (art. 451 et 452 du Code civ.). Il semble dès lors qu'assimiler, dans notre hypothèse, l'inventaire tardif à l'absence d'inventaire serait créer une présomption de faute là où la loi n'en édicte pas. Nous verrons d'ailleurs, en étudiant l'article 1442, où la question se pose dans les mêmes termes, que la jurisprudence n'a pas hésité à déclarer parfaitement valable l'inventaire tardif.

En est-il de même de l'inventaire incomplet ? Il faut, croyons-nous, soigneusement distinguer entre l'inventaire involontairement incomplet et l'inventaire volontairement incomplet.

1° *Inventaire involontairement incomplet.* — Comme pour l'inventaire tardif, nous admettons ici le rejet de la commune renommée. Le mari n'a commis qu'une simple négligence ; il a voulu se plier aux exigences de la loi, il a fait inventaire. Une simple omission involontaire ne doit pas entraîner contre lui une sanction aussi dure que la commune renommée. Tel est, d'ailleurs, le sentiment de la jurisprudence. On trouve, sans doute, un arrêt en apparence contraire (1). Mais les circonstances donnent à la décision sa juste valeur. Le demandeur articulait des versements d'argent antérieurs à l'inventaire, et non mentionnés dans celui-ci.

(1) Req. 28 nov. 1866. S. 67. 1. 110.

Sur cette seule articulation, la Cour l'a autorisé à faire preuve par la commune renommée de ces versements. Mais, il semble bien à la lecture de l'arrêt, que, eu égard à l'importance des sommes omises dans l'inventaire, cette omission n'a pu être considérée que comme volontaire. En tout cas, un arrêt postérieur ne laisse place à aucun doute (1) : « Attendu, dit-il, que si l'article 1504, dans le cas où aucun inventaire n'a été dressé, déroge au droit commun en faveur de la femme contre le mari, il n'entend pas dans le cas contraire y déroger en faveur du mari contre la femme ; que celle-ci conserve dès lors la faculté d'invoquer les règles ordinaires du Code civil en matière de preuve ». Et en conséquence elle a décidé que, s'il existe un commencement de preuve par écrit, la femme peut par tous les moyens légaux établir la consistance réelle du mobilier contre et outre le contenu de l'inventaire. On est loin, on le voit, de la commune renommée. Cet arrêt a été confirmé par un arrêt récent, rendu, il est vrai, à propos du bénéfice d'émolument, mais qu'il est légitime de faire intervenir ici, la difficulté étant exactement la même. Il décide que l'inventaire ne peut être déclaré infidèle, alors même qu'il aurait omis certains objets de la communauté, si d'après les déclarations des juges du fond, cette omission ne présente aucun caractère frauduleux et s'explique soit parce que les objets omis étaient sans valeur, soit parce que la femme avait pu de bonne foi s'en croire propriétaire (2).

2° *Inventaire volontairement incomplet.* — En présence d'un inventaire volontairement incomplet, la femme ou ses héritiers peuvent, sans aucun doute, invoquer la commune renommée. L'omission volontaire vicie radicalement l'inventaire. A une condition, toutefois, c'est que le caractère volontaire de l'omission résulte de preuve admises par le droit commun. Il suffit, d'ailleurs, puisqu'on se trouve en présence d'une fraude, que l'ensemble des circonstances révèle l'existence de cette fraude.

(1) Req. 20 juin 1883. S. 85. 1. 107.
(2) Req. 5 juillet 1909, *Gazette du Palais*, 10 nov. 1909.

Nous ne pouvons ici nous empêcher de faire allusion à une institution, qui repose, comme la commune renommée, sur une idée de sanction, nous voulons parler du recel Non pas que le recel puisse s'appliquer aux hypothèses mêmes régies par la commune renommée puisqu'il ne se comprend que pour les effets de communauté, alors que la commune renommée n'intervient qu'au sujet des propres mobiliers de la femme. Mais, cette différence mise à part, les conditions d'application des deux institutions se rapprochent singulièrement. Nous disons que l'omission volontaire dans un inventaire dressé par le mari des propres mobiliers de sa femme est sanctionnée par la commune renommée. Or, on le sait, une jurisprudence abondante décide que l'omission volontaire dans un inventaire dressé par l'un des époux des biens de la communauté est sanctionnée par les peines du recel (1). Il existe, toutefois, une différence qu'il est intéressant de signaler. Elle ressort d'un arrêt de Rouen du 20 février 1897 (2). Cet arrêt décide que le recel ne sanctionnera l'omission, que si l'intention frauduleuse a persisté à la date de la dissolution de la communauté. Pour la commune renommée, au contraire, il suffit que cette intention ait été concomitante à la confection de l'inventaire.

Nous arrivons maintenant à l'étude de la troisième question que nous avons annoncée : à qui la commune renommée peut-elle être opposée ? En raison de son importance, nous lui consacrons un chapitre spécial.

(1) V. les deux arrêts de principe. Civ. 11 juillet 1893, S. 94. 1. 219 et Civ. 21 mars 1894, S 96. 1. 233, note de M. Wahl. V. aussi Paris, 28 nov. 1898, D. 99, 2. 481, note de M. Bartin ; Civ. 5 juillet 1893, D. 93. 1. 145, note de M. Planiol.

(2) S. 99. 2. 241.

CHAPITRE III

La commune renommée et les créanciers de la communauté

La commune renommée, avons-nous dit, peut être invoquée par la femme et ses héritiers, à la condition qu'il n'y ait pas eu inventaire ou que l'inventaire ait été volontairement incomplet. Nous devons encore nous demander si elle est opposable aux créanciers de la communauté (1). Poser cette question, c'est, on le voit immédiatement, soulever sous un angle particulier la question si connue de la preuve des reprises de la femme à l'égard des créanciers de la communauté. Notre intention n'est pas de reprendre une fois de plus cette question, tout au moins sous la forme où elle est le plus souvent étudiée. Nous voulons exposer toutes les solutions juridiques concernant la commune renommée, afin d'en dégager une formule explicative. Nous cherchons pour l'instant une de ces solutions : l'opposabilité, ou la non-opposabilité de la commune renommée aux créanciers de la communauté. Aussi estimons-nous inutile d'entrer dans le détail des systèmes qui ont été construits en matière de reprises, ou même de les exposer. Nous nous efforcerons seulement de décrire aussi exactement que possible la difficulté à résoudre. Nous dégagerons ensuite du point de vue de la commune renommée les conséquences auxquelles conduisent les deux systèmes

(1) L'opposition de la commune renommée aux héritiers du mari et à ses créanciers personnels n'est, en effet, guère discutable. La question ne souffre difficulté que pour les créanciers communs.

opposés : celui de la doctrine et celui de la jurisprudence. Nous verrons, alors, de ces deux systèmes, celui qui nous paraîtra s'imposer.

I

Quelle est, en premier lieu, la question précise à laquelle nous devons répondre ?

I. — Dégageons tout d'abord les hypothèses pratiques qui fournissent la matière de la difficulté.

A vrai dire, l'article 1415 semble n'offrir qu'une hypothèse, mettant directement en jeu les créanciers de la communauté. C'est celle où la femme a payé la totalité des dettes de la succession mixte. Elle a droit, dans ce cas, à une récompense qui se calcule proportionnellement à la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles. C'est la valeur de ce mobilier que la femme, à défaut d'inventaire, veut établir par la commune renommée. Grâce à cette preuve très élastique, elle va diminuer, peut-être plus que de raison, le dividende des créanciers de la communauté en augmentant leur nombre, et elle risquera de les évincer par son hypothèque légale. Ce qui caractérise donc cette hypothèse, c'est que la femme se présente comme créancière d'une reprise en valeur, sa prétention se trouvant reposer sur la commune renommée. Cette hypothèse est, semble-t-il, la seule que nous présente l'article 1415. Si, en effet, la communauté a payé toutes les dettes de la succession, la femme est débitrice d'une récompense et pour l'établir il faut toujours faire intervenir la valeur du mobilier. Mais la Cour de cassation, nous l'avons déjà vu, décide que cette récompense ne pourra être exercée contre la femme qu'à charge par le mari (ses héritiers ou les créanciers de la communauté) de prouver, à défaut d'inventaire, par des moyens de preuve, tirés du droit commun, la valeur de ce mobilier. La femme n'a aucune preuve à faire. On pourrait, toutefois, l'autoriser à combattre par la commune renommée les preu-

ves écrites fournies par le mari. Pourrait-elle, dans ce cas, agir de même à l'encontre des créanciers de la communauté ?

L'article 1504 nous présente deux hypothèses nettement caractérisées, les deux hypothèses classiques de reprise en nature et de reprise en valeur. On peut facilement les construire. Il suffit de supposer que le mobilier échu à la femme pendant le mariage et non inventorié ait été aliéné ou consiste en argent pour avoir l'hypothèse de reprise à valeur. Si, au contraire, ce mobilier est demeuré en nature dans la communauté, la femme le revendiquera, en établissant son droit de propriété par la commune renommée.

Telles sont les diverses hypothèses, qui fournissent matière à la difficulté. La commune renommée est invoquée tour à tour comme preuve de l'étendue d'un droit de créance, et comme preuve d'un droit de propriété. De toute façon, la réaction sur les droits des créanciers de la communauté se fait sentir. On diminue leur dividende, ou on diminue l'actif sur lequel ils doivent être payés. Le résultat est identique pour eux ; il se traduit dans les deux cas par une perte. Il s'agit précisément de savoir si cette perte, ils sont tenus de l'éprouver du chef de la commune renommée.

II. — D'où provient donc la difficulté ? Il semble en effet, au premier abord, qu'il n'y ait aucune différence à faire entre le mari et les créanciers de la communauté. Pourquoi ceux-ci auraient-il plus de droits que leur auteur, alors surtout que les articles 1415 et 1504 ne font aucune distinction entre eux ? Sans doute. Ainsi la difficulté ne provient-elle pas des articles 1415 et 1504, mais de l'article 1510. Ce dernier article, visant expressément la clause de séparation de dettes, décide qu'au cas où les époux auront adopté l'un et l'autre cette clause, si le mobilier antérieur au mariage ou échu depuis n'a pas été constaté par un inventaire, la clause de séparation, valable entre époux, ne sera point opposable aux créanciers. Ce texte décide donc, notamment, que le mobilier échu au mari ou à la femme pendant le mariage sera réputé com-

mun à l'égard des créanciers de l'autre conjoint ou des créanciers de la communauté, à moins qu'il n'en ait été dressé inventaire. L'inventaire devient ainsi, semble-t-il, le seul mode de preuve opposable aux créanciers; la commune renommée est rigoureusement exclue. On a, il est vrai, formellement contesté cette interprétation de l'article 1510 (1). Cet article, a-t-on dit, vise une hypothèse complètement différente de la nôtre. Il met seulement en présence l'époux qui a des dettes et ses propres créanciers. L'inventaire des meubles de l'époux débiteur permettra alors de restreindre le droit de poursuite de ses créanciers aux meubles inventoriés. Sinon, ils auraient action sur les biens de la communauté. Mais l'article 1510 n'a pas du tout pour but d'autoriser les créanciers de l'autre conjoint ou de la communauté à agir sur ces meubles, si aucun inventaire n'en a été dressé. Admettons cette interprétation; la difficulté ne se sera pas évanouie. Nous aurons simplement changé d'article; à la place de l'article 1510 nous aurons l'article 1499. Ce dernier, en effet, décide que « si le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis n'a pas été constaté par un inventaire ou un état en bonne forme, il est réputé acquêt » et cette présomption est absolue à l'égard des créanciers de la communauté. Qu'on fasse donc entrer en ligne de compte l'article 1510 ou l'article 1499, le problème reste le même. A l'égard des créanciers de la communauté, la commune renommée est exclue; le seul mode de preuve possible est l'inventaire. Que deviennent alors les articles 1415 et 1504? Nous sommes, maintenant, nettement en face de la difficulté, tout au moins en partie. Nous voyons, de façon précise, le conflit qui existe entre l'article 1499 ou 1510 et l'article 1504. Ces articles visent le même régime et la même hypothèse; et tandis que l'un permet à la femme la commune renommée, les autres la lui refusent. Il faut, de toute nécessité, les concilier. Le conflit est beaucoup plus délicat à saisir

(1) V. les notes de M. Bufnoir sous les arrêts de Dijon, 4 février 1884, S. 1885. 2. 25 et Cass., 22 nov. 1886, S. 1889. 1. 465.

entre les articles 1499 ou 1510 et l'article 1415. Cet article, en effet, s'occupe d'un régime et d'une situation essentiellement différents. A quel titre la disposition qu'il contient pourrait-elle être modifiée par des articles qui n'ont avec lui aucun lien apparent? Les développements qui vont suivre, et dont on excusera la longueur, visent à l'établir.

Nous touchons ici à une grave question de principe qui peut se formuler en ces termes. Peut-on compléter les unes par les autres les dispositions du titre du contrat de mariage? Pour préciser, y a-t-il des règles de régime matrimonial visant l'administration des biens pendant le mariage? On trouverait, en jurisprudence, des éléments pour résoudre cette question, car les tribunaux n'ont pas hésité à étendre certains textes du régime dotal à la communauté, comme l'article 1551 (1). Notre question est, à la vérité, un peu différente et moins générale, mais de nature identique. Peut-on compléter les unes par les autres les dispositions du chapitre de la communauté? Nous avons un texte de communauté conventionnelle; pouvons-nous l'étendre à la communauté légale? Le Code nous dit bien dans l'article 1528 que « la communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale, pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé implicitement ou explicitement par le contrat », mais il n'autorise nullement, au moins de façon expresse, la généralisation des textes de la communauté conventionnelle à la communauté légale. Il nous faut donc, à défaut de texte, une raison tirée des principes. Pour certains auteurs, cette raison se dégage tout naturellement du caractère juridique de la communauté légale. La communauté légale, disent-ils, n'est pas autre chose qu'une communauté conventionnelle tacite. Elle repose sur l'intention présumée des époux. Ainsi en est-il de l'article 1415. Or, peut-on dire, la disposition de l'article 1504, c'est la sanction

(1) Paris, 11 mai 1837, S. 37. 2 306, Cass., 14 nov., 1855, S. 56 1. 11. Par contre l'article 1569 présumant le paiement de la dot au mari lorsque dix ans se sont écoulés depuis l'échéance des termes ne peut être étendu en dehors du régime dotal, Dijon, 11 mai 1888, S. 88. 2. 239.

conventionnelle des obligations assumées par le mari. Celui-ci se soumet en acceptant la communauté d'acquêts à la sanction de la commune renommée. Mais comme cette preuve est trop dangereuse pour les créanciers de la communauté, elle ne leur est pas applicable (art. 1499 ou 1510). Il est, alors, tout naturel que cette restriction s'applique aussi à l'hypothèse de l'article 1415 où la commune renommée a la même origine conventionnelle que dans l'hypothèse prévue par l'article 1504. Cette conception peut d'ailleurs trouver appui dans deux arrêts d'appel de Poitiers et de Dijon (1). Ces deux arrêts visent expressément la question de savoir si une clause du contrat de mariage peut rendre la commune renommée opposable aux créanciers, et tandis que la Cour de Poitiers admet la validité d'une pareille clause, la Cour de Dijon la repousse. La solution de la Cour de Poitiers est évidemment directement issue du caractère conventionnel attribué aux articles 1415 et 1504. On n'en peut, cependant, tirer argument, la Cour de cassation l'ayant formellement repoussée (2). Mais à lire attentivement ces deux arrêts, il semble qu'ils auraient admis l'extension conventionnelle de la commune renommée dans les rapports entre les époux. Une telle solution serait en parfaite harmonie avec la doctrine que nous exposons. Mais cette doctrine ne nous paraît pas acceptable ; elle repose sur deux affirmations pareillement inexactes : le caractère conventionnel de la communauté légale et le caractère conventionnel des articles 1504 et 1510.

Le caractère juridique de la communauté légale a donné lieu à des discussions célèbres sur le terrain du Droit international privé. On sait comment Dumoulin fut amené à formuler la proposition que nous combattons, afin d'éviter en matière matrimoniale les inconvénients résultant de la réalité des coutumes. Elle rendit, de ce point de vue, des services incontestés. Mais elle n'en reposait pas moins sur une base

(1) Poitiers, 16 déc. 1868, S. 70. 2. 42 ; Dijon, 14 août 1872 ; S. 72. 2. 132.
(2) Req. 3 mars 1902, D. 1904. 1. 188.

inexacte et les arguments que d'Argentré lui opposait alors n'ont pas vieilli aujourd'hui. Comment parler de convention tacite, alors que le plus souvent les époux, qui se marient sans contrat, ne se préoccupent pas des conséquences pécuniaires de leur union. Ils ignorent le régime auquel ils seront soumis, et lorsque plusieurs lois s'offrent à eux, ils ne songent pas à choisir entre elles. Mais il y a plus. Que l'on suppose deux époux ayant fait un contrat de mariage excluant la communauté ; ce contrat est annulé ; les époux vont se trouver soumis au régime qu'ils avaient écarté d'une façon formelle. Parler alors de convention tacite, c'est fermer les yeux à l'évidence. Sans doute, il y a une large part faite à l'autonomie de la volonté dans le choix du régime matrimonial. Le régime légal n'est pas imposé aux futurs époux ; mais pour en choisir un autre ils doivent manifester leur volonté d'une façon expresse et même par acte authentique d'après la loi française. Le régime légal est une conséquence directe du mariage. La volonté des époux peut le modifier à condition de prendre les formes nécessaires ; elle ne se trouve point à sa base. Cette conception paraît aujourd'hui adoptée par la majorité des auteurs Elle est toutefois condamnée par les arrêts au moins en Droit international privé (1). Mais il semble qu'un revirement commence à se dessiner. Certains jugements avancent une solution intermédiaire qui pourrait fort bien servir de transition (2), et les Cours paraissent, sous couleur d'interprétation de la volonté des parties, appliquer la loi nationale des époux ou du mari. En tout cas, sur le terrain du Droit interne, les arrêts sont

(1) V. les derniers arrêts rendus à ce sujet, Req. 18 juillet 1905, D. 1906. 1. 70 ; Grenoble, 3 juillet 1907, D. 1907. 2. 403 ; Alger, 2 janvier 1908, D. 1909. 2. 69. V. pour les arrêts antérieurs la note de M. Pillet sous un arrêt de Paris 25 nov. 1891. S. 96. 2. 273. Pour les principes v. la note de M Audinet sous un arrêt d'Alger du 2 mai 1898, S. 1900. 2. 257 et les auteurs cités.

(2) Nice, 11 août 1891, Clunet, 1893, p. 890 ; Toulon, 30 mai 1893, Clunet, 189 , p. 1196 ; Chambéry, 1er avril 1896, Clunet, 1898, p. 565 ; Amiens, 24 mars 1904. Clunet, 1905, p. 183 ; Trib. Marseille, 7 juillet 1904, Clunet, 1905, p. 1039 ; surtout Seine, 2 mai 1902, Clunet, 1903, p. 366 ; Trib. première instance de Tunis, 9 mars 1905, Clunet, 1906, p. 445.

nettement hostiles à cette idée de convention tacite mise à la base de la communauté légale. Et cela nous suffit (1).

Nous ne pouvons davantage accepter le caractère conventionnel des articles 1504 et 1510. En vertu de quelle idée auraient-ils ce caractère, si ce n'est qu'il existe une communauté conventionnelle dont tous les rouages sont issus de la convention? Mais on aperçoit, aisément, ce qu'une pareille idée contient d'erreur. Oui, il existe des clauses, tendant à modifier la communauté légale, clauses laissées à la libre volonté des parties; mais leur domaine est très restreint. Elles ne peuvent atteindre les règles fondamentales qui d'après la conception légale doivent se trouver à la base de toute communauté Or précisément, nous allons voir que les règles contenues dans les articles 1415, 1504 et 1510 sont du nombre de ces règles fondamentales et impératives.

Nous revenons ainsi à notre point de départ. En dehors de toute idée d'intention présumée, existe-t-il des règles communes à tous les régimes de communauté, et quelles sont-elles? Si en effet nous nous trouvons en présence de l'une d'elles, nous n'aurons aucune hésitation à l'étendre. Telle est, précisément, notre conviction. La règle contenue dans l'article 1510 ou 1499 est pour nous une règle de régime de communauté, devant régir au même titre la communauté légale et la communauté conventionnelle.

Qu'il y ait des règles communes à tous les régimes de communauté, cela va de soi, car on doit trouver dans toute communauté, si modifiée soit elle par la convention, un noyau d'éléments identiques. Et ces éléments irréductibles, ces règles communes, faisant corps avec l'idée de communauté, doivent logiquement se caractériser par les trois traits essentiels suivants. Elles doivent être au-dessus de la volonté des parties; elles doivent être strictement restreintes, dans leur application, aux régimes de communauté; enfin, par voie de conséquence, quels que soient les textes qui les contiennent, elles

(1) La suite du texte justifiera l'idée.

doivent être étendues à tous les régimes de communauté. Ces règles, que les traits précédents vont nous permettre de retrouver facilement, sont, croyons-nous, au nombre de trois :

La première, la plus importante peut-être, nous est indiquée par le Code lui-même dans son article 1388. Les pouvoirs du mari sur la masse commune sont fixés impérativement par la loi; aucune atteinte ne peut leur être portée par la convention des parties. A ce premier trait s'en ajoute un second. Bien que les textes qui précisent les pouvoirs du mari se trouvent au chapitre de la communauté légale, leur application aux régimes de communauté conventionnelle ne fait aucun doute; elle est commandée par l'article 1528. Enfin, puisque ces pouvoirs sont fixés par rapport à une masse commune, il est d'évidence qu'ils n'existent que là où existe une masse commune, dans les seuls régimes de communauté. Personne, au reste, ne fait de difficulté à admettre cette première règle de régime de communauté.

La deuxième règle, réunissant les caractères que nous avons dégagés, nous est indiquée par l'article 1527. Les avantages résultant au profit de l'un des deux époux de l'application des règles de la communauté ne constituent pas des libéralités, sauf à l'égard des enfants d'un premier lit. Cette règle, à laquelle la convention des parties ne peut porter atteinte, et qui est spéciale aux régimes de communauté, puisqu'elle suppose nécessairement l'existence d'une masse commune, s'applique pareillement à la communauté légale et à la communauté conventionnelle (1). Elle constitue une règle de régime de communauté.

Il en est, croyons-nous, de même de la règle concernant la preuve des reprises de la femme à l'encontre des créanciers communs. On peut tout d'abord admettre comme hors de doute

(1) Bourges, 28 déc. 1891, S. 92. 2. 69; Rouen, 29 janv. 1892, S. 92. 2. 164; Nancy, 25 fév. 1891, S. 92. 2. 65, note de M. Bourcart. Sur l'étendue de la règle, v. Cass. Ch. réunies, 19 déc. 1890, S. 91. 1. 129 et note de M. Wahl.

que la convention des parties ne peut modifier le système de preuves fixé par la loi. Deux arrêts, que nous avons précédemment indiqués, considérant ce système comme purement interprétatif, avaient autorisé certaines dérogations conventionnelles (1). Mais la Cour de cassation a affirmé depuis en termes très nets son caractère impératif (2). Il est de même aujourd'hui certain que ce système ne peut recevoir application en dehors des régimes de communauté (3). Nous étudierons d'ailleurs par la suite les difficultés que cette restriction a soulevées. Reste donc le troisième caractère. Doit-on étendre à la communauté légale le système des articles 1499 et 1510? Sur ce point, les arrêts ne fournissent pas de réponse expresse, la difficulté n'ayant jamais été soulevée en pratique. On peut, cependant, de certains motifs d'arrêts déduire que, le cas échéant, les tribunaux n'hésiteraient pas à faire cette extension (4). Quoiqu'il en soit, les auteurs ne font aucune difficulté à l'admettre (5). Par suite, nous pouvons dire que le système de preuve des reprises de la femme à l'encontre des créanciers de la communauté, tel que le formulent les articles 1499 et 1510, constitue une règle de régime de communauté, applicable par conséquent à toute femme commune qui, dans l'exercice de ses reprises, se trouve en présence de créanciers communs. La conclusion est maintenant facile à tirer. De même que les articles 1499 et 1510 réagissent sur l'article 1504, pareillement ils doivent réagir sur la situation prévue par l'article 1415. A la vérité, ce résultat ne paraît guère discutable ; tout au moins fallait-il lui donner une base solide. Allons maintenant plus avant. Il ne suffit pas d'avoir constaté l'existence de règles de régime de communauté, et d'en avoir déduit la conséquence nécessaire à la suite immédiate de nos développements. Il

(1) V. les arrêts de Poitiers du 16 déc. 1868 et Dijon, 14 août 1872 précités.

(2) Arrêt de Req. du 3 mars 1902, D. 1904. 1. 188.

(3) Civ 28 oct. 1908, D. 1909. 1. 170, note de M. Capitant.

(4) Dijon, 14 août 1872, S. 72. 2. 132 ; Rouen. 9 mars 1898, D. 99 2. 13.

(5) V. en particulier la note de M. Capitant sous l'arrêt précité du 28 oct. 1908. Aubry et Rau, tome V, § 507, p 290; Planiol, tome III, n° 1244 et sq. Rey, *Preuve des reprises*, thèse Grenoble, 1908, p. 112.

faut de plus, au moins en quelques mots, en dégager l'esprit. Pourquoi les pouvoirs du mari sur la masse commune, ainsi que le caractère juridique des avantages résultant du fonctionnement des règles de la communauté et le système de preuve des reprises de la femme à l'encontre des créanciers communs constituent des règles de régime de communauté? Il est d'autant plus intéressant de le rechercher qu'il s'agit là d'un phénomène spécial aux régimes de communauté. Nulle part, dans les autres régimes, nous ne trouvons des règles impératives. Les dispositions qui se trouvent à la base des régimes autres que les régimes de communauté sont essentiellement interprétatives, au moins en ce sens qu'elles peuvent toutes être modifiées par la convention. L'exemple le plus remarquable se trouve dans l'autorisation accordée par la jurisprudence à la femme dotale d'enlever au mari l'administration des biens dotaux pour se la réserver à elle-même (1). Pourquoi donc en est-il autrement en matière de communauté? La nature même des règles que nous avons dégagées va nous permettre de répondre. Ces règles visent essentiellement la masse commune dont elles ont pour but de préciser la physionomie juridique. Ce qui constitue l'essence du régime de communauté, ce sans quoi il n'existerait pas, c'est la masse commune. Cette masse commune peut être plus ou moins importante, les époux peuvent la réduire ou l'augmenter à leur gré, mais dès qu'elle existe les règles essentielles de son fonctionnement et de sa liquidation à l'égard des tiers sont fixés par la loi, et l'intérêt du crédit exige qu'on ne puisse les modifier. La donnée générale de la communauté devait conduire jusque-là. Plus que tout autre ce régime prête à des collusions frauduleuses et il fallait, dans la mesure du possible, en préserver les tiers. Nous ne pouvons qu'indiquer l'idée. Il faudrait en montrer l'exactitude à propos de chacune des règles que nous avons dégagées et il serait hors de propos de le faire ici. Nous pourrons seulement tenter cette

(1) Cass., 17 février 1886, S. 86, 1. 161.

démonstration en ce qui concerne la règle sur la preuve des reprises qui seule maintenant doit nous retenir.

Résumons-nous d'un mot. Tous les régimes de communauté supposent nécessairement l'existence d'une masse commune dont la structure juridique à l'égard des tiers est précise et immuable. Par suite, les règles qui la déterminent doivent présenter le même caractère de nécessité et de généralité que la masse dont elles ne sont qu'un accessoire. La conclusion apparaît maintenant solidement appuyée. Le Code a organisé un système de preuve des reprises spécial à la femme commune ; ce système doit régir tous les cas de reprises, sans qu'il y ait à distinguer entre les différents régimes de communauté.

III. — Le conflit se présente ainsi à nous dans toute son ampleur. Les articles 1415 et 1504 permettent à la femme, sans aucune restriction, d'user de la commune renommée pour la preuve de ses reprises. Pour cette même preuve, les articles 1499 et 1510 la réduisent à l'inventaire à l'encontre des créanciers communs. L'opposition ne peut être plus marquée. Il faut de toute nécessité trouver une conciliation.

Ce n'est point, toutefois, à cette formule générale et assez vague que se réduit, en dernière analyse, la difficulté qui nous retient. Il nous faut introduire dans le débat un dernier élément qui en précisera nettement la physionomie et nous placera directement en face du point litigieux. Nous sommes, en effet, en présence d'un système exceptionnel de preuve des reprises mobilières de la femme, dont nous cherchons à déterminer l'étendue et la portée. Ne devons-nous pas alors, et avant toute recherche, fixer, de façon rigoureuse, le droit commun qui s'appliquerait en l'absence de ce système exceptionnel, puisque normalement c'est par rapport au droit commun que doit se déterminer l'étendue et la portée d'une exception ? Il est d'autant plus nécessaire de le faire ici que, comme nous le disions, la question, à laquelle nous devons répondre, s'en trouvera modifiée.

Le droit commun, auquel la femme serait soumise pour la

preuve de ses reprises mobilières, si les articles 1415, 1504, 1499, 1510 n'existaient pas, se caractériserait par deux traits essentiels. Il conduirait à faire une distinction entre la femme agissant comme propriétaire et la femme agissant comme créancière, mais, par contre, aucune différence n'existerait entre le mari et les créanciers de la communauté. Les moyens de preuve opposables au premier le seraient aux seconds. Ce sont ces deux propositions qu'il nous faut brièvement établir.

La différence de situation de la femme propriétaire et de la femme créancière résulte tout naturellement de la différence même des titres qu'elle invoque. Supposons d'abord qu'elle se présente en qualité de propriétaire. Elle revendique en nature des meubles qu'elle prétend lui appartenir. Sans aucun doute elle n'est pas tenue de produire un inventaire. Elle exerce une revendication, elle doit donc se conformer au droit commun de la revendication. On pourrait, toutefois, élever un doute. Il s'agit, en effet, d'une revendication mobilière : or l'article 2279 n'a-t-il pas supprimé une telle revendication ? Ce serait une erreur de le croire, et depuis longtemps la jurisprudence admet les actions personnelles en restitution. L'article 2279 ne produit effet que dans les rapports entre le tiers acquéreur de bonne foi et le *verus dominus*. La revendication reparaît dès qu'il s'agit des rapports entre auteur et ayant cause (1). Elle se traduit alors sous la forme d'un droit de préférence à l'égard des autres créanciers chirographaires, et le Code de procédure civile en fait une application très nette dans son article 608. Il n'est donc pas douteux que nous soyons en présence d'une véritable revendication mobilière. Dès lors, la revendication mobilière obéissant au point de vue de la preuve aux mêmes règles que la revendication immobilière, la preuve à fournir par la femme devra porter sur deux points. Elle devra établir, d'abord, l'origine de son droit sur la chose, c'est-à-dire son titre de propriété. Elle devra établir ensuite l'identité physique de l'objet qu'elle revendique avec celui sur

(1) Paris, 30 juin 1893, D. 94. 2. 501 et les renvois.

lequel elle a établi son droit de propriété. Cette dernière preuve se fera par tous moyens, puisqu'il s'agit de la preuve d'un fait matériel. Quant à la première, elle devrait être très rigoureuse; mais on connaît le système si remarquable construit par la jurisprudence pour la faciliter. Il n'est pas nécessaire d'un titre translatif; un titre déclaratif suffit, comme un partage, une transaction ou un jugement. Il n'est même pas nécessaire d'un titre; la possession suffit alors même qu'elle ne remplirait pas les conditions requises pour conduire à la prescription. La jurisprudence, qui s'est formée sur l'article 608 C. pr. civ. confirme pleinement ces idées (1). L'écrit n'est pas nécessaire, les présomptions suffisent.

Le système est donc bien net dans son ensemble; il est aussi éloigné de l'inventaire que de la commune renommée. On pourrait être tenté, toutefois, de trouver à ce système une exception dans l'article 948 du Code civil. Le donataire d'effets mobiliers, dit cet article, ne pourra les revendiquer vis-à-vis du donateur ou de ses créanciers qu'à la condition d'en fournir un état estimatif. Il est facile de répondre: l'exigence d'un inventaire n'est point ici une condition de preuve; elle est liée au fond du droit; elle est une condition de validité de la donation elle-même. Cette prétendue exception n'est au fond qu'une confirmation très nette de la règle. En définitive, d'après le droit commun, la femme, agissant en qualité de propriétaire, aurait à fournir la preuve de son droit de propriété et de l'identité physique de l'objet, preuve que les principes généraux ou la jurisprudence lui rendent extrêmement facile.

Toute différente nous apparaît la situation de la femme créancière. La preuve ici se déplace. Elle va porter sur le fait générateur de la créance, sur la réception par le mari des

(1) Paris, 1er juin 1807, *S. chr.*; Bordeaux, 19 juillet 1816, *S chr.*; Limoges, 17 déc. 1839. S. 40. 2. 246. Cet arrêt est très net : « Attendu, dit-il, que les époux X... ont satisfait au vœu de l'article 608 en énonçant dans leur exploit qu'ils étaient propriétaires des bestiaux par eux revendiqués comme les ayant placé dans la métairie de Hubert avec son autorisation ».

meubles ou deniers dont sa femme lui réclame la valeur. Cette réception, insignifiante au regard de la femme propriétaire, dont le mari est par rapport aux meubles revendiqués un tiers détenteur, devient ici essentielle. Et comme elle est par elle-même un fait juridique, l'article 1341 doit recevoir application. Il faudra pour en faire la preuve un écrit ou un commencement de preuve par écrit. La femme ne pourrait invoquer l'article 1569 qui rend le mari de plein droit débiteur de la dot, lorsque dix ans se sont écoulés depuis l'échéance des termes pris pour le payement de cette dot. L'application de cet article est strictement limitée au régime total. Il serait, toutefois, possible à la femme de prouver que le mari est en faute de ne pas avoir perçu la dot, et de se faire autoriser, de ce chef, à en réclamer la valeur. Elle pourrait enfin invoquer le bénéfice de l'article 1348 en établissant qu'elle a été dans l'impossibilité d'obtenir de son mari un titre écrit. Mais il reste vrai que, sauf ces deux derniers cas exceptionnels, la femme créancière se trouve rigoureusement soumise au droit commun de l'article 1341, alors que la femme propriétaire, si bizarre que cela puisse paraître, jouit, grâce à la jurisprudence, d'une situation bien plus favorable. Et à cette différence dans les moyens de preuve, s'en ajoute une autre portant, nous l'avons vu, sur les éléments desquels se déduit le droit de la femme. Nous avons ainsi établi la distinction que nous avions annoncée entre la femme agissant comme propriétaire et la femme agissant comme créancière.

Il nous faut maintenant, et à l'inverse, montrer qu'aucune différence ne serait à faire entre le mari et les créanciers de la communauté. Ce principe d'égalité de situation du mari et des créanciers de la communauté, nous l'avons, dès d'abord, admis, comme étant l'expression du droit commun. C'est ici le lieu de le justifier. Aucun doute ne saurait être permis au cas où la femme se présente comme propriétaire. L'article 608 C. pr. civ. n'établit aucune distinction entre le détenteur et les créanciers de ce détenteur. Les mêmes modes de preuve sont

opposables à l'un et aux autres (1). La question nous paraît plus délicate, si la femme se présente comme créancière. Nombreuses sont, en effet, les situations où les créanciers, par une faveur de la loi, passent de la catégorie des ayants cause dans celle des tiers (1321-1328, etc.). Par contre, certains créanciers sont considérés par la loi comme suspects. Nous devons dès lors nous demander si, de droit commun, les créanciers de la communauté ne devraient pas être considérés comme des tiers vis-à-vis de la femme, ou si la femme ne devrait pas être considérée à leur égard comme une créancière suspecte.

Il existe bien des situations dans notre droit où les créanciers ont les uns par rapport aux autres un droit de contrôle, et où les créances avant d'être admises doivent être soumises à une procédure de vérification. L'article 498 du C. comm. nous en fournit un exemple. Mais de telles règles sont inhérentes à une liquidation d'ensemble que seul connaît le droit commercial. Notre droit civil, à la vérité admet bien quelque chose d'analogue dans la procédure d'ordre par distribution, où les créanciers peuvent former des contredits pour écarter d'autres créanciers. Mais même dans ce cas, les modes de preuve de la créance contestée ne sont en rien modifiés; le droit commun reste applicable.

N'est-il pas possible alors de considérer la femme comme une créancière suspecte, de telle sorte qu'elle soit soumise à des conditions de preuve plus rigoureuses à l'égard des créanciers communs? On pense immédiatement à l'application de l'article 1328. Et en effet dans les régimes où le système des articles 1499 et 1510 n'existe pas, nous verrons que d'excellents auteurs ont soutenu que la femme ne pouvait opposer ses créances à l'encontre des créanciers de son mari que si elles avaient acquis date certaine (2). Nous croyons ici cette doctrine inadmissible, car les conditions mêmes d'application de l'article 1328 ne se trouvent pas réalisées. Et, en effet, l'arti-

(1) Arrêt précédent.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 627.

cle 1328 ne s'applique pas indistinctement à tous les actes quels qu'ils soient. Même en restant sur le terrain du droit civil, il ne régit pas, entre autres, les actes de libération, comme les quittances. Il ne s'applique qu'aux actes générateurs d'obligations (1). Or, à y regarder de près la réception de la dot par le mari sur laquelle doit porter la preuve de la femme n'est pas le fait générateur de sa créance. La créance de la femme naît de la qualité du mari administrateur de la dot. La réception n'est qu'une conséquence de cette qualité et ne prend sa signification que par rapport à elle (2).

En définitive les deux principes que nous posions au début de ces développements : différence de situation entre la femme propriétaire et la femme créancière, égalité de situation entre le mari et les créanciers de la communauté, se trouvent vérifiés.

On excusera la longueur de ces observations. Elles étaient indispensables si nous voulions poser la difficulté sur son véritable terrain et sous sa forme la plus précise. Nous pouvons maintenant la formuler exactement. Le droit commun, disions-nous, établit une seule distinction entre la femme propriétaire et la femme créancière : il n'en admet aucune entre le mari et les créanciers de la communauté. C'est précisément cette seconde distinction que commandent les articles 1499 et 1510. En ce sens, le droit commun est incontestablement modifié. Il s'agit alors de savoir si la différence de droit commun entre la femme propriétaire et la femme créancière a été maintenue. On concevrait, en effet, fort bien, en présence de la grande liberté de preuves accordée à la femme agissant en revendication, qu'à son égard le droit commun eût été modifié au profit des créanciers de la communauté.

(1) Lyon, 3 juillet 1873, S. 74. 2. 225, note Rodière ; Civ., 10 janv. 1900, D. 1901. 1. 89. V. aussi note de M. Wahl sous Bordeaux, 9 mars 1866, S. 99. 2. 273.

(2) Cass., 4 février 1868, S. 68. 1. 113 En effet quand c'est le contrat de mariage ou la loi qui impose au mari l'obligation de gérer les paraphernaux, on peut dire qu'il naît de ce chef une créance immédiate pour la femme, avant tout acte de gestion, laquelle se trouve garantie par l'hypothèque légale. V. aussi Req. 1er mai 1893, S. 94. 1. 281.

La revendication porte une grave atteinte à leur droit; elle diminue, supprime peut être leur gage. Il fallait donc, la restreindre, au lieu de la faciliter. Au contraire, à l'égard de la femme créancière, le droit commun, apparaissant comme suffisamment protecteur des droits des créanciers, serait maintenu ; la femme pourrait à leur encontre établir ses créances de la même manière qu'à l'encontre de son mari. La question est donc la suivante. Si la femme, agissant en revendication, ne peut prouver son droit par la commune renommée qu'à l'encontre du mari ou des héritiers de ce dernier, réduite à l'inventaire en présence des créanciers de la communauté, en est il de même de la femme agissant comme créancière ?

II

On connaît les deux réponses opposées faites par la jurisprudence et par la majorité des auteurs.

A l'égard des créanciers de la communauté, disent les arrêts de la Cour de cassation, la femme ne peut faire preuve de ses reprises mobilières qu'à l'aide d'un inventaire. Aucune distinction n'est à faire entre la femme propriétaire et la femme créancière ; les articles 1499 et 1510 ne distinguent pas (1). Sans doute, répliquent les auteurs, ces articles s'expriment en termes généraux, mais ils supposent nécessairement une hypothèse de revendication. Ils doivent, par suite, être strictement limités à la femme propriétaire. Par contre les articles 1415 et 1504, qui s'occupent incontestablement de situations où la femme se présente comme créancière, n'établissent

(1) Depuis l'arrêt du 22 nov. 1886, S. 89. 1. 465, note Bufnoir, on peut citer parmi les principaux : Civ., 15 mars 1899, S. 1900. 1. 113. et D. 99. 1, 559 ; Req., 15 mai 1899, D. 99. 1. 397 ; Req , 25 nov. 1903, D. 1905. 1. 505, note de M. Capitant ; Civ., 24 janv. 1906 et 5 février 1908, D. 1908. 1. 353 et note de M. de Loynes ; Civ., 3 janv. 1910, D. 1910. 1. 113, note de M. de Loynes ; les Cours d'appel résistent encore, v. Amiens, 1er fév. 1908, S. 1909, 2. 233.

aucune distinction entre le mari et les créanciers de la communauté. La confirmation est éclatante, et elle devient indiscutable si l'on veut bien rapprocher de nos textes les articles 560 et 563 du Code de commerce (1).

Nous ne voulons pas entrer dans l'interprétation minutieuse des textes en conflit. Nous croyons qu'ils pèsent bien peu dans le débat, et qu'on leur a attaché une importance qu'ils ne méritent pas. En réalité le débat tout entier s'est trouvé dominé par une question d'équité. On a jugé inique que la femme créancière soit réduite à l'inventaire en présence des créanciers communs, risquant ainsi de se voir dépouillée, alors qu'aux yeux de tout le monde son droit pouvait apparaître indiscutable. La pratique en a fourni de trop nombreux exemples. On a douté alors de la légalité d'un pareil système, et pour éviter à tout prix cette solution on a fait dire aux textes un peu plus qu'ils ne disaient. Mais on ne s'est pas aperçu que le sens nouveau qu'on leur donnait ne satisfaisait guère mieux l'équité. On revendique, pour la femme créancière, le droit de se servir des procédés de preuve admis par le droit commun. Fort bien : mais on ne peut s'arrêter là. Si la femme créancière n'est pas soumise à l'inventaire à l'encontre des créanciers communs, elle devra nécessairement pouvoir leur opposer la commune renommée. Ou bien les créanciers de la communauté ont une situation indépendante de celle du mari, et ils ont le droit d'exiger un inventaire, ou bien ils n'ont pas plus de droits que leur auteur, en vertu du principe de droit commun ici respecté, et alors ils sont obligés de subir la commune renommée. On l'avouera ; il est aussi injuste d'autoriser la femme à opposer aux créanciers communs la commune renommée que de la réduire à l'inventaire (2). Et cependant, nous ne pouvons sortir de cette alter-

(1) Les auteurs ont suivi en général le système indiqué par M. Bufnoir. On trouvera l'exposé de ce système dans les notes sus-indiquées de M. Bufnoir. *Adde* Petiet, *France judiciaire*, 1885 1886, p. 72 et sq. ; Massigli, *Revue critique*, 1888, p. 660. Lyon-Caen, note au S. 1900. 1. 113. V. au surplus la thèse de M. Rey, *Preuve des reprises de la f.* ; Grenoble 1908 et celle de M. Penon ; Paris 1910.

(2) Sans doute, en fait, la possibilité d'opposer la commune renommée aux

native. Laissons donc de côté l'équité ; quelle que soit la solution adoptée, il y aura toujours une injustice commise. Quelle est alors celle qu'il nous faut subir ?

Nous n'hésitons pas accepter la solution jurisprudentielle, car elle est imposée par une raison décisive et à notre avis impérieuse. Si, en effet, il est permis de critiquer le système jurisprudentiel et, à la vérité, il est impossible de ne pas déplorer les résultats iniques auxquels il conduit, à tout le moins peut-on comprendre pour quelles raisons le législateur l'a admis. Il est sévère et rigide jusqu'à l'injustice, c'est vrai ; mais les raisons ne manquent pas qui expliquent cette sévérité. Par contre, il est impossible d'en apercevoir une seule justifiant l'opposition aux créanciers communs de la commune renommée. Cette dernière, nous aurons l'occasion d'y insister, s'analyse en une idée de sanction, plus précisément en une idée de peine. Or, si on la comprend dirigée contre le mari coupable de n'avoir pas fait inventaire, à quel titre s'imposerait-elle aux créanciers de la communauté qui n'ont, eux, rien à se reprocher ? Notre argumentation se ramène ainsi aux deux idées suivantes. L'interprétation doctrinale des articles 1499, 1504 et 1510 doit être rejetée parce qu'elle conduit à admettre la commune renommée à l'encontre des créanciers de la communauté, ce qui est inadmissible. Tout au contraire, il est aisé d'expliquer l'exigence d'un inventaire même à l'égard de la femme créancière. En un mot, étant donné qu'il nous faut opter entre l'inventaire et la commune renommée, nous disons que seule la nécessité de l'inventaire est justifiable et en harmonie avec l'esprit général de la théorie des reprises, tel qu'il se dégage des solutions de la loi ou de la jurisprudence, tandis que la possibilité de la commune renommée est en contradiction flagrante avec ces solutions. Nous allons développer successivement ces deux idées.

I. — La commune renommée, disons-nous, impliquant une

créanciers de la communauté entraînerait des résultats beaucoup moins fâcheux que la nécessité d'un inventaire, à cause du pouvoir d'appréciation des juges. Mais théoriquement cette opposition ne peut se justifier.

idée de peine, ne peut être étendue aux créanciers de la communauté. Ceux-ci n'ayant commis aucune faute, n'ont pas à subir de sanction. Une objection vient cependant à l'esprit, qu'il est facile de développer. Sans doute, peut-on dire, les créanciers de la communauté n'ont commis aucune faute ; aussi n'est-ce pas contre eux que la peine est dirigée, mais contre le mari. Seulement, en vertu du principe de l'égalité de situation d'un auteur et de ses ayants cause, elle réfléchit contre eux. Ils sont aux droits du mari comme ses propres héritiers et ses créanciers personnels, et c'est à ce titre qu'ils doivent supporter la commune renommée. L'objection serait sans réplique s'il était en effet établi que ce principe d'égalité dût s'appliquer ici. Précisément tout va nous démontrer qu'il doit nécessairement être mis de côté.

Comment, d'abord, justifier de ce point de vue, la différence que l'on veut établir entre la femme propriétaire et la femme créancière ? Personne ne conteste que la femme propriétaire ne puisse opposer la commune renommée aux créanciers de la communauté. Elle ne peut même pas user du droit commun ; il lui faut un inventaire. La femme créancière, au contraire, aurait le droit de se servir de la commune renommée. Il y aurait non pas seulement une différence, mais une opposition absolue entre les deux situations. Est-ce admissible ! Si l'on peut comprendre que le législateur ait cru devoir protéger spécialement les créanciers de la communauté envers la femme propriétaire, en raison de l'atteinte plus grande portée à leurs droits par une revendication dont le droit commun rendait la preuve singulièrement facile, on ne voit pas pourquoi il les aurait désarmés à l'égard de la femme créancière. Qu'il ne les protège pas dans ce cas de façon spéciale, passe encore ! mais qu'il les sacrifie, cela est impossible à admettre, si l'on veut bien se rappeler l'esprit général de bienveillance et de faveur dont la loi les entoure. Ce serait lui prêter une inconséquence qui risquerait d'anéantir entièrement son œuvre. Les précautions prises par elle pour protéger les créanciers contre les ententes frauduleuses des époux demeure-

raient lettre morte. Qu'importerait l'obligation pour la femme propriétaire de produire un inventaire ! Qu'importerait l'interdiction pour la femme créancière de prélever ses reprises avant le paiement des créanciers communs, contrainte qu'elle est de subir leur concours ! Grâce à la commune renommée, elle amplifierait démesurément et le plus facilement du monde sa créance contre la communauté. Ce qu'elle n'aurait pu prendre comme propriétaire faute d'inventaire lui serait amplement rendu et son hypothèque légale lui permettrait de passer avant les créanciers. Grâce à cette fissure, le système tout entier s'écroulerait. De pareilles conséquences suffisent à ruiner la théorie d'où elles découlent. Celle-ci est trop directement contraire à la pensée de la loi qui est d'aggraver pour la femme, et au profit des créanciers, le droit commun des preuves, mais non de l'atténuer.

Laissons cependant de côté de telles considérations qui, si exactes qu'elles soient, sont trop générales et trop vagues pour nous fournir une raison péremptoire. Elles nous indiquent seulement que la loi n'a pu raisonnablement conserver ici le principe d'identité de situation du mari et des créanciers de la communauté, en raison des conséquences auxquelles il aboutirait. Mais nous avons mieux à dire, et il nous est possible de démontrer que ce principe a été écarté par la loi de façon indiscutable. C'est en effet un des traits qui frappent le plus vivement en matière de liquidation des reprises de la femme que la différence absolue de situation entre le mari et les créanciers de la communauté. A l'égard du mari la femme exerce ses reprises en qualité de copartageante, de copropriétaire ; à l'égard des créanciers de la communauté elle ne les exerce plus qu'à titre de simple créancière (1). Et les conséquences deviennent pour nous extrêmement significatives. Pour le paiement de ses reprises la femme vient en concours avec les créanciers de la communauté. Elle prime au contraire le mari et ses héritiers. Elle prime même les créanciers personnels du mari (2). Or les

(1) Arrêt des Chambres réunies du 16 janvier 1858. S. 1858. 1. 10.

(2) Bordeaux, 4 av. 1876, S. 77. 2. 257 et Nancy, 2 février 1865, D. 70. 2. 65. V. Labbé, S. 1888. 1. 7. col. 2. Aubry et Rau, § 511, 4°.

héritiers du mari et ses créanciers personnels ne sont-ils pas ses ayants cause? Comment alors soutenir que les créanciers communs, dont la situation est précisément opposée à la leur, sont également les ayants cause du mari! La jurisprudence qui trouve son origine dans l'arrêt de 1858 et qui n'est plus sérieusement discutée aujourd'hui implique nécessairement l'idée que dans la liquidation des reprises de la femme les créanciers de la communauté ne sont pas les ayants cause du mari. Cette constatation décisive, puisqu'elle ruine la seule base du système doctrinal que nous combattons, pourrait suffire à la suite de nos développements et nous pourrions, sans tarder, en tirer les conséquences que l'on devine. Nous croyons, cependant, devoir tenter une démonstration plus directe et préciser la formule incomplète à laquelle nous sommes arrivé. Nous disons que les créanciers de la communauté, lorsqu'il s'agit de liquider les reprises de la femme, ne sont pas les ayants cause du mari. De qui donc sont-ils les ayants cause? C'est à cette recherche que nous allons nous livrer. Nous allons essayer de démontrer que les solutions légales ou jurisprudentielles impliquent nécessairement l'idée que la communauté constitue pendant l'opération de liquidation des reprises, une véritable personne morale, dont la femme et les créanciers communs deviennent les ayants cause. Nous ne nous dissimulons pas tout ce qu'une pareille idée présente au premier abord de paradoxal. N'est-il pas admis en effet presque unanimement, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, que la communauté n'est pas une personne morale (1). Sans doute; mais ce qu'il est essentiel de remar-

(1) Les arrêts ne manquent pas. Les plus nombreux et les plus importants déclarent que le principe de la division des dettes s'applique à la dissolution de la communauté. Civ., 18 av. 1860, S. 60. 1. 305; Req., 16 janv. 1877, S. 77. 1. 169; Req. 11 nov 1878, S. 79 1, 157; Req., 7 février 1881, S. 82. 1. 153; Req. 18 juillet 1883 en note sous Cass., 18 octobre 1893, S 94. 1. 353; Civ., 19 mars 1890, S. 90. 1. 477; nonobstant Cass., 18 octobre 1893. S. 94. 1. 353, note de M. Tissier. C'est dire qu'elle ne constitue qu'une simple indivision. Par voie de conséquence, ils décident que les créanciers de la communauté n'ont aucun droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels des époux. Besançon 24 juin 1858, S. 59. 2. 39; Civ., 18 av. 1860, S. 60, 1. 305. D'autres arrêts font applica-

quer, c'est qu'on s'est placé, pour la discussion de cette question, pendant la durée de la communauté. Or sur ce terrain le doute n'est pas permis. Les conditions même d'existence de la personnalité morale ne peuvent se réaliser; les pouvoirs reconnus au mari sont un obstacle insurmontable. Mais il n'en résulte pas qu'après la dissolution de la communauté, au moment précisément où cet obstacle a disparu, la personnalité morale ne puisse apparaître. C'est, croyons-nous, ce qui a lieu, dans une mesure que nous devons préciser. Reprenons, en effet, les solutions essentielles données par la jurisprudence en matière de reprises. Les deux plus significatives, avons-nous vu, sont d'une part le droit pour les créanciers communs de concourir avec la femme, et d'autre part le droit de préférence de cette dernière à l'encontre des créanciers personnels de son mari. Dégageons toute l'originalité de ces solutions à l'aide d'une comparaison tirée de la matière des successions. On sait, en effet, qu'une difficulté toute pareille à la nôtre se pose à propos du rapport des dettes. Il faut supposer un cohéritier débiteur d'un rapport de dettes en présence de ses cohéritiers créanciers de ce rapport et des créanciers de la succession. Les cohéritiers, qui ont un droit de préférence incontestable à l'encontre des créanciers personnels du cohéritier débiteur, vont-ils également primer les créanciers de la succession? Appliquons les principes. Nous sommes en présence d'une succession qui, sans aucun doute, ne constitue pas une personne morale. La division de plein droit des créances et des dettes s'est opérée (art. 1220 et 870). Les créanciers de la succession sont devenus créanciers personnels de chacun des cohéritiers dans la mesure de leur

tion à la communauté de l'article 883 en déclarant que l'effet déclaratif du partage remonte au jour de l'entrée du bien en communauté. Civ., 28 déc. 1886, S. 87. 1. 213. C'est enfin l'impossibilité d'inscrire la séparation des patrimoines pour le tout sur un immeuble dépendant d'une communauté dissoute : Civ., 15 juillet 1891, S. 91. 1, 409. Il y a là un ensemble d'arrêts irréductibles à l'idée de personnalité morale. Ils sont très nets et très précis. Mais ce qu'il est essentiel de remarquer c'est que dans aucun des arrêts précités il n'est question des reprises de la femme.

vocation successorale. Sauf le bénéfice de la séparation des patrimoines, que nous écartons pour l'instant, leur situation doit être assimilée à celle des créanciers personnels des cohéritiers. La conséquence est évidente. Si les cohéritiers, créanciers du rapport, sont payés de préférence aux créanciers personnels du cohéritier débiteur, ils doivent pareillement être préférés aux créanciers de la succession dans la mesure où ces derniers son devenus créanciers personnels de ce cohéritier. C'est précisément ce qu'a décidé la jurisprudence (1). On aperçoit le résultat pratique de cette solution. Si le cohéritier débiteur du rapport est insolvable, les créanciers de la succession dans la mesure où ils sont devenus ses créanciers personnels resteront impayés, sans avoir d'action sur les biens prélevés par les autres cohéritiers grâce au rapport en moins prenant, si ces biens sont plus considérables que la part de dettes mises à leur charge. Il est donc juste de dire que les cohéritiers créanciers d'un rapport de dettes sont payés de préférence aux créanciers de la succession. Et la raison de ce droit de préférence se trouve dans leur qualité de copartageants, c'est-à-dire, de copropriétaires. Cette qualité, combinée avec le principe de la division des dettes, aboutit à l'assimilation des créanciers de la succession et des créanciers personnels des cohéritiers, et à la préférence des cohéritiers créanciers, payés par le procédé du rapport. Si l'on introduit maintenant la séparation des patrimoines, les créanciers successoraux auront un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels, mais ils seront eux-mêmes primés par les cohéritiers. De toutes façons, nous aboutissons à une différence absolue de solutions entre la succession et la communauté pour la même situation. Comment l'expliquer ? Cette opposition de résultats entre deux hypothèses semblables a été maintes fois constatée, et si certains se sont contentés d'y voir une contradiction jurisprudentielle, d'autres ont essayé d'en fournir une explication. La diffé-

(1) Req., 7 juillet 1892, S. 93. 1 129.

rence des résultats tiendrait à la différence profonde des situations. « Les deux situations diffèrent, nous disent M. le procureur général Baudoin et M. Pilon, car sous l'article 1470 la femme est bien créancière de la communauté, tandis que sous l'article 829 on ne peut plus dire que le cohéritier créancier soit créancier de l'hérédité, puisque c'est au contraire la succession qui est créancière du cohéritier débiteur (1) ». Nous avouons ne pas comprendre. Il n'est pas vrai de dire que la femme soit créancière de la communauté ; cette dernière n'existe plus, tout au moins si on ne la considère pas comme une personne morale. La femme ne peut être créancière que de son mari. De même, il n'est pas vrai de dire que la succession soit créancière du cohéritier débiteur. La succession n'est qu'un mot. Il y a des héritiers entre qui l'actif et le passif se sont divisés de plein droit. La créance du *de cujus* contre le cohéritier débiteur appartient divisément à chaque cohéritier. Ceux-ci sont devenus créanciers du cohéritier débiteur. En définitive, dans l'une et l'autre situation, nous avons un ou plusieurs communistes créanciers d'un autre communiste en présence de créanciers communs et de créanciers personnels. Les deux situations sont rigoureusement identiques. Comment alors expliquer la différence des solutions ? Il faut, croyons-nous, nécessairement introduire l'idée de personnalité morale. Supposons en effet, comme le prétendent les auteurs, et comme le disent les arrêts dans leurs motifs, que la communauté à sa dissolution constitue une simple indivision, à laquelle s'applique, par conséquent, le principe de la division des dettes. Les créanciers de la communauté deviennent créanciers personnels de chacun des deux époux dans une mesure différente : créanciers du mari pour la totalité de leur dette, créanciers de la femme pour la part qu'elle prendra dans l'actif commun et jusqu'à concurrence de la moitié de leur dette. Leur situation devra être exactement

(1) Conclusions du procureur général Baudoin sur l'affaire Chollet-Dumoulin, D. 1908. 1. 121, col. 2 *in fine*. Pilon, *Revue trimestrielle de 1905*, p. 675.

semblable à celle des créanciers personnels des deux époux dans la mesure où ils le sont devenus. La conséquence est évidente. La femme, recouvrant sa créance contre son mari par le procédé même dont se sont servis les cohéritiers créanciers de leur cohéritier, devra primer les créanciers personnels de son mari, ce que personne ne conteste, mais aussi les créanciers de la communauté qui, par le principe de la division des dettes, sont devenus de simples créanciers personnels. En tant que créanciers personnels du mari, ils ne peuvent contester les prélèvements de la femme ; en tant que créanciers personnels de cette dernière ils sont également sans droit, puisqu'ils ne peuvent agir que sur la part de leur débitrice dans l'actif commun et que cet actif ne s'établit que déduction faite des reprises. La qualité de copartageante de la femme, combinée avec le principe de la division des dettes aboutit ici, comme en matière de succession, à l'assimilation des créanciers communs et des créanciers personnels et au droit de préférence de la femme, créancière de ses reprises. Les mêmes principes, appliqués à des situations identiques, conduisent aux mêmes résultats. C'est la logique même. Si donc, en matière de communauté, la jurisprudence aboutit à des solutions diamétralement opposées, c'est que pour elle la masse commune ne constitue pas une simple indivision. Elle la considère comme une véritable personne morale. Alors les solutions jurisprudentielles deviennent compréhensibles et harmonieuses. Si en tant qu'il s'agit de liquider les reprises de la femme, la communauté constitue une personne morale, on comprend parfaitement la qualité de créancière de la femme et son concours avec les créanciers communs. Elle est au même titre qu'eux créancière de la masse commune ; elle ne pourra les primer que par son hypothèque légale. On comprend aussi son droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels de son mari ; la masse commune est indépendante du patrimoine de ce dernier, ils ne peuvent l'atteindre que dans la mesure des droits de leur auteur. Qu'on remarque bien notre formule ! Nous ne disons pas que pour la liquidation de la communauté

cette dernière est considérée comme une personne morale. Ce serait peut-être une généralisation inexacte. Nous restreignons l'idée à la liquidation des reprises de la femme. Dès que cette opération n'est pas en jeu, la personnalité disparaît, les principes de l'indivision reçoivent application, entre autres l'égalité entre créanciers communs et créanciers personnels (1).

Nous pouvons maintenant présenter notre raisonnement dans son ensemble. Dans la liquidation des reprises de la femme, les créanciers de la communauté ne sont pas les ayants cause du mari, mais ceux de la masse commune. Ainsi tombe la seule raison qui aurait pu justifier à leur encontre l'admission de la commune renommée. Quant au fond, les créanciers communs ont une situation essentiellement différente de celle du mari. Comment pourrait-on, sur le terrain de la preuve, assimiler les deux situations, alors surtout que la preuve, qu'on veut rendre commune, agit à titre de peine et que son admission risquerait de faire sombrer le système légal tout entier !

Nous devons, toutefois, avant de terminer ces développements, ajouter une observation très importante. Tout ce que nous avons dit, en effet, s'applique exclusivement à la femme acceptante. Nos raisonnements sont totalement étrangers à la femme renonçante. Lorsque la femme renonce à la communauté, il est vrai de dire, d'une façon rigoureuse, que les créanciers communs, devenus purement et simplement créanciers personnels du mari, sont ses ayants cause. Pourquoi alors, sur le terrain de la preuve, leur faire une situation meilleure que celle de leur auteur ? La distinction véritable n'est pas entre la femme créancière et la femme propriétaire, cette distinction n'a été qu'une arme de guerre ; elle est entre la femme acceptante et la femme renonçante. Malheureusement en présence des articles 1499 et 1510, cette distinction rationnelle ne peut être sérieusement défendue, et nous aboutissons, en fin de compte, à cette conclusion dernière que la femme

(1) Civ., 18 av. 1860, S. 60. 1. 205.

créancière, de même que la femme propriétaire, ne peut opposer la commune renommée aux créanciers communs; elle doit leur présenter un inventaire.

II. — Comment alors justifier une exigence aussi rigoureuse? Pourquoi la loi a-t-elle imposé à la femme un inventaire? La réponse à cette question ne peut être évidemment trouvée, si l'on reste sur le terrain de la preuve. On ne comprendrait pas, en effet, que des moyens de preuve fussent probants à l'égard de certaines personnes, sans l'être à l'égard de tout le monde. Et on s'exposerait à mal comprendre le système de la loi, si on le considérait comme ayant pour but de déterminer les moyens les plus propres à établir sans erreur les reprises de la femme. Pourquoi accorder à l'inventaire le monopole de la vérité? La pratique n'a-t-elle pas trop souvent démontré qu'en dehors de lui, il était possible d'établir indubitablement le droit de la femme?

En réalité, l'inventaire nous apparaît beaucoup moins comme un moyen de preuve, que comme *un procédé arbitraire de restriction des reprises* de la femme. Par crainte des fraudes qui consisteraient à grossir au préjudice des créanciers de la communauté le patrimoine de la femme, la loi décide qu'en principe le droit de gage de ces créanciers portera sur l'ensemble du mobilier des deux époux. Elle autorise, toutefois, la femme à faire valoir ses droits à la condition de présenter un inventaire. L'inventaire n'est pas une condition de preuve, c'est une condition de fond. C'est bien d'ailleurs ainsi que l'a compris la jurisprudence. Un détail topique nous en fournit la preuve certaine. Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt de principe qui domine notre matière, l'arrêt du 22 novembre 1886 (1), les créanciers de la communauté avaient reconnu la sincérité des titres produits par la femme pour justifier de sa créance. Il semblait dès lors qu'on devait écarter la présomption des articles 1499 et 1510, étant donné la jurisprudence

(1) S. 1889. 1. 405. Les circonstances étaient les mêmes dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 5 février 1908. D. 1908. 1. 353.

d'après laquelle l'aveu suffit à renverser une présomption, même lorsqu'il s'agit d'une présomption *juris et de jure* (1). Cette solution s'imposait en partant de l'idée que l'inventaire est un moyen de preuve. Précisément la Cour suprême l'a repoussée, et son arrêt ne peut se justifier que si on voit dans l'inventaire une condition de fond. Alors on comprend parfaitement l'inefficacité de l'aveu. Le droit de la femme est subordonné à l'existence d'un inventaire. Ce n'est qu'à cette condition qu'il est opposable aux créanciers de la communauté.

Cette conception, qui se dégage nettement de la jurisprudence, est, d'ailleurs, imposée par la loi. L'ancien article 554 du Code de commerce de 1807 ne laisse place à aucun doute. Il nous permet de saisir l'exacte pensée des rédacteurs du Code. Il nous montre, poussé à l'extrême, leur désir de réduire les reprises mobilières de la femme à l'égard des créanciers. « Tous les meubles meublants, nous dit-il, effets mobiliers, tableaux, vaisselle d'or et d'argent, et autres objets tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, *seront acquis* aux créanciers, sans que la femme puisse en recevoir autre chose que les habits et linges à son usage, qui lui seront accordés d'après les dispositions de l'article 529. Toutefois, la femme pourra reprendre les bijoux, diamants et vaisselle qu'elle pourra justifier par état légalement dressé, annexé aux actes ou par bons et loyaux inventaires, lui avoir été donnés par contrat de mariage ou lui être advenus par succession seulement ». Le Code civil s'était montré moins rigoureux, mais son esprit était le même (2). Comme le Code de commerce, jugeant le droit de la femme trop dangereux pour les créanciers à cause des fraudes auxquelles il peut prêter, il l'a supprimé à leur égard. Plus exactement, il ne permet qu'il leur soit opposé qu'à la condition d'être constaté par inventaire. Nous avions donc raison de dire que l'inventaire s'analysait en un procédé

(1) Cass., 13 janvier 1875, S 75. 1. 244.
(2) V. Guénée, note au D. 1887. 1. 113 et Capitant 1903. 2. 433.

arbitraire de restriction des reprises de la femme. C'est un système très dur pour elle, devenu même aujourd'hui injuste, comme nous le constaterons bientôt, mais en tout cas très logique et parfaitement compréhensible.

CHAPITRE IV

Les articles 1415-1504 et les régimes autres que les régimes de communauté

Pour avoir épuisé la série des difficultés juridiques, que soulève l'application des articles 1415 et 1504, une dernière question reste à résoudre. Ces articles sont-ils inhérents aux régimes de communauté ou peuvent-ils être étendus aux autres régimes matrimoniaux? Les reprises que la femme peut avoir à exercer sous un régime autre que la communauté sont-elles soumises au système de preuves dont la commune renommée est un rouage essentiel?

En attribuant à la règle contenue dans les articles 1499, 1504 et 1510 le caractère de règle de régime de communauté avec le sens que nous avons donné à cette expression, nous avons indiqué clairement que nous entendions limiter leur action aux seuls régimes de communauté. Il nous faut maintenant l'établir. Nous analyserons d'abord et à grands traits le système des arrêts afin de montrer qu'il est exclusif de la commune renommée et de l'inventaire. Nous examinerons ensuite les raisons par lesquelles on l'a combattu.

En matière de reprises dotales, pour commencer par le régime dotal, les arrêts sont intervenus seulement dans des hypothèses où la femme réclamait au mari la valeur de sa dot. Et comme à tout créancier, qui réclame en justice son paiement, ils lui ont demandé d'apporter la double preuve de la qualité de débiteur de son mari et du chiffre de sa dette. En d'autres termes, la femme est tenue d'établir la réception de

la dot par le mari et la consistance de cette dot. Par quels moyens ? Les arrêts nous répondent par un système très net que l'on peut résumer dans les propositions suivantes. S'agit-il du mobilier constitué en dot à la femme au moment du mariage, il faut distinguer suivant que cette constitution émane de la femme ou d'un tiers. Dans le premier cas, la femme est tenue, en principe, d'apporter un écrit ou, à tout le moins, un commencement de preuve par écrit. Cette rigueur n'est cependant point absolue. La jurisprudence admet que la preuve par la femme de la négligence du mari à lui conserver la preuve du paiement de sa dot suffit, lorsque des circonstances de la cause et des présomptions de fait résulte la preuve du paiement (1). Si la dot a été constituée par un tiers, la femme est appelée au bénéfice de l'article 1348. La preuve testimoniale ou même de simples présomptions suffisent (2). Elle peut même être dispensée de toute preuve si les conditions prévues par l'article 1569 se trouvent réalisées. Lorsque dix ans se sont écoulés depuis l'échéance des termes pris pour le payement de la dot, le mari en est de plein droit constitué débiteur. La loi a établi à son encontre une présomption de faute extrêmement lourde, que la jurisprudence a encore accentuée. L'article 1569 semble, en effet, permettre au mari de se soustraire aux conséquences de cette présomption, s'il établit qu'il a poursuivi inutilement le payement de la dot. Les tribunaux veulent encore la preuve qu'a aucun moment le payement n'aurait pu avoir lieu (3).

Considérons maintenant le mobilier dotal échu à la femme

(1) Cass., 2 mars 1886, S. 89. 1. 319 « la femme peut établir par la preuve testimoniale ou par présomptions la réception de la dot par le mari dans tous les cas où ne se réalisent pas les circonstances qui autorisent la présomption de réception portée dans l'article 1569 » Cet arrêt statue à la vérité sur une hypothèse où il s'agissait d'un mobilier échu à la femme pendant le mariage, mais de ses termes et de son rapprochement avec d'autres arrêts : Nîmes, 23 mars 1866, S. 66. 2 315; Caen, 3 mars 1875 S 75 2 201. Nîmes, 14 août 1877, S. 78 2. 111, on peut dégager la proposition insérée au texte. V. Bartin, *Etudes sur le Régime dotal*, 1892, p. 26 et sq.

(2) Caen, 10 janvier 1885, S. 55. 2. 273.

(3) Civ., 19 janvier 1863. D. 63. 1. 86.

au cours du mariage. On a coutume de dire que la preuve à fournir est ici la même qu'au cas de constitution de dot faite au profit de la femme par un tiers (1). C'est en effet le système qui résulte de deux arrêts de la Cour de cassation en date du 2 mars 1886 et du 8 juin 1890 (2). Présentée, toutefois, en termes absolus l'idée ne serait pas exacte. Il est vrai que dans la grande majorité des cas, la femme pourra bénéficier de la liberté de preuve autorisée par l'article 1348; mais ce n'est pas pour elle un droit sans limites. Précisant sa doctrine antérieure, la Chambre civile de la Cour de cassation a tout récemment déclaré que la situation de femme dotale ne constituait pas, à elle seule, l'impossibilité morale exigée par l'article 1348. Il faut de plus qu'elle indique les circonstances de fait qui l'ont empêchée de se procurer un titre écrit (3).

Supposons, enfin, que la femme agisse en revendication. Elle réclame des meubles ou valeur dotales dont elle est restée propriétaire. Les arrêts, à notre connaissance, n'ont pas eu à intervenir ici, mais on devine aisément la solution qu'ils donneraient, le cas échéant. La femme doit faire la preuve de son droit de propriété suivant le droit commun et le plus souvent elle aura à sa disposition un écrit ou même un acte authentique : un contrat de mariage, une donation, un testament. Mais un acte de cet nature ne lui sera indispensable que si elle se trouve en présence des créanciers de la faillite de son mari (art. 560, C. comm.). Dans tous les autres cas, le droit commun de la revendication devra s'appliquer.

Avant d'abandonner le régime dotal, notons que la jurisprudence applique au cas de société d'acquêts jointe à ce régime, le système de preuves résultant des articles 1499, 1504 et 1510, dans la mesure où il s'agit de porter atteinte à la masse commune par l'exercice des reprises (4).

(1) V. p. ex. PLANIOL, t. III, n° 1644 *in fine*.

(2) Req. 2 mars 1886, S. 89. 1. 319 et Civ., 8 juin 1890. S. 92. 1. 386.

(3) Civ., 28 oct. 1908, D. 1909. 1. 170, note de M. CAPITANT. Sic CHARMONT, *Revue critique. Examen doctrinal*, 1909, p. 527 et WAHL, *Revue trimestrielle*, 1909, p. 164.

(4) Civ., 19 juin 1855, S. 55. 1. 506.

Sous le régime de la séparation de biens, il n'est guère possible de parler de reprises matrimoniales au sens précis du mot. La femme ni le mari n'ont rien à reprendre, puisque chacun d'eux a conservé la propriété et l'administration de ses biens. Toutefois, le fait de la cohabitation, entraînant la confusion des mobiliers, est susceptible de soulever des difficultés, dont la solution, nullement influencée par la qualité même des personnes engagées, doit être tirée des principes du droit commun. Si chacune des parties a sur l'habitation des droits égaux, l'article 2279 n'aura pas à intervenir ; toutes les preuves seront possibles. Il faut, d'ailleurs, remarquer que la communauté d'habitation ne rend pas nécessairement la possession équivoque ; elle constitue seulement un élément de fait dont l'appréciation souveraine est abandonnée aux juges du fond (1). Lors au contraire que l'une des parties habitera chez l'autre, comme il arrivera le plus souvent pour des personnes mariées, l'article 2279 établira une présomption simple de propriété au profit du mari et la femme devra fournir les preuves nécessaires à tout individu qui agit en revendication.

Mais il peut arriver que la femme ait confié expressément ou tacitement au mari l'administration de ses biens ; il y aura dépôt, fait par elle de ces derniers avec mandat de les administrer. Elle devra alors, lorsqu'elle les réclamera, se conformer aux règles de preuve du droit commun !

Enfin si les époux ont adopté le régime exclusif de communauté, le mari ayant de plein droit l'administration des biens de sa femme, cette dernière devra, pour obtenir leur restitution, se conformer encore au droit commun, soit qu'elle les revendique en nature, soit qu'elle en réclame seulement la valeur (2).

(1) Pau, 1er avril, 1890, D. 91. 2. 282. C'est ainsi qu'on a jugé que le fait pour deux personnes vivant ensemble d'avoir placé leurs titres dans deux emplacements distincts d'un coffre-fort commun constituait pour chacune d'elles une possession privative. Paris, 2 mai 1894, D. 95 2 239.

(2) Req., 5 déc. 1893, S. 96. 1. 79. Sans doute on a soutenu que le régime de séparation et le régime sans communauté se rattachaient au régime de commu-

Dans ce tableau d'ensemble, très rapidement esquissé, des reprises mobilières de la femme en dehors des régimes de communauté nous avons noté une seule dérogation au droit commun, résultant de l'article 1569 Cette hypothèse très spéciale mise à part, l'exercice des reprises de la femme est rigoureusement soumis aux règles posées par les articles 1341 à 1348 du Code civil. En aucun cas, elle ne se voit imposer un inventaire à l'encontre des créanciers de son mari ; par contre elle ne bénéficie jamais de la commune renommée. Les dispositions des articles 1499, 1504 et 1510, nous dit la Cour suprême dans son arrêt du 28 octobre 1908, sont spéciales à la communauté.

Tel n'est pas, on le sait, le sentiment général de la doctrine (1). Exception faite du régime de la séparation de biens où personne n'a jamais songé à admettre la nécessité de l'inventaire ou la possibilité de la commune renommée, les auteurs étendent, non pas la règle des articles 1499 et 1510, mais celle de l'article 1504 à tous les régimes matrimoniaux. Aucun ne soutient que la femme doive, en présence des créanciers de son mari, présenter un inventaire. Les plus avancés soutiennent seulement que pour établir ses droits à leur encontre, elle doit s'appuyer sur des actes ayant date certaine (2). Mais en revanche on veut qu'elle puisse opposer la commune renommée à son mari. Les raisons fournies à l'appui de cette conception peuvent être ainsi présentées. Le mari, dit-on, usufruitier des biens de sa femme est astreint aux obligations que le droit commun impose à tout usufruitier et en particulier à l'obligation de faire inventaire. Or l'absence de l'inventaire

nauté dont ils n'étaient en somme que des dérivés. L'idée n'est pas inexacte. Mais ce sont des régimes de communauté sans masse commune Il n'y a que des biens propres. Or nous l'avons indiqué et nous y insisterons encore, le système des articles 1499, 1504 et 1510 est intimement lié à l'existence de la masse commune.

(1) V surtout Aubry et Rau, t. V. p 515, texte et note 15, p. 627 et 639. Pour les autres auteurs voir la thèse précitée de M. Rey On cite quelquefois deux arrêts comme ayant admis la commune renommée en matière de régime dotal, les arrêts précités du 2 mars 1886 et 8 juin 1890. Mais c'est une erreur.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*

de la part de l'usufruitier entraîne comme sanction l'exercice à son encontre de la commune renommée (art. 600). Au reste, ajoute-t-on, même à défaut de ce texte, il ne faudrait pas hésiter à généraliser. La règle de l'article 1504 tient beaucoup plus aux rapports des époux entre eux qu'à la nature spéciale du régime adopté. Les dispositions exceptionnelles des divers régimes n'ont aucunement trait aux questions de preuve. On sent toute la faiblesse de ces arguments. Un mot suffira à nous débarrasser du premier. L'article 600, en effet, ne dit nullement que le défaut d'inventaire sera sanctionné par la commune renommée. Pour admettre ce résultat, on est obligé de s'adresser aux articles 1415 et 1504 et de compléter les règles de l'usufruit à l'aide une disposition empruntée au titre du contrat de mariage, sans se demander si cette disposition ne doit pas être restreinte aux cas précis qu'elle vise. L'extension ne va pas de soi ; pour la faire il faudrait en donner une raison décisive impossible à trouver. On invoque bien un arrêt de la Cour de Pau du 28 mars 1887 qui autorise le nu-propriétaire, en cas de défaut d'inventaire de la part de l'usufruitier, à prouver par la commune renommée la consistance des objets soumis à l'usufruit. Mais, outre que la doctrine de cet arrêt se trouve seulement dans les motifs et non dans le dispositif, elle est de plus nettement contraire à la jurisprudence de la Cour suprême qui refuse la commune renommée à l'encontre du mari usufruitier, en dehors de la communauté. On change alors de position et on essaie de démontrer que la règle d'après laquelle la femme en l'absence d'un inventaire a droit à la commune renommée, loin d'être une règle de régime de communauté, est une règle de régime matrimonial. La commune renommée se rattacherait à l'incapacité de la femme ; elle serait en quelque sorte la revanche de sa subordination. Mais alors si l'idée est exacte pourquoi exclure la commune renommée du régime de la séparation de biens ? La femme ne demeure-t-elle pas, même sous ce régime, incapable ? Et puis vraiment on ne voit pas pourquoi, parce qu'incapable, la femme aurait droit à la commune renommée !

En réalité, tous les arguments invoqués par les auteurs manquent de solidité parce que leur conception implique une dissociation impossible entre les éléments du système de preuves issu des articles 1499-1504 et 1510. Leur intention est bien claire. De même qu'en matière de communauté, ils voulaient sauver à tout prix la femme de l'inventaire, sans aller jusqu'à opposer la commune renommée aux créanciers communs, de même ici ils veulent lui donner la commune renommée contre son mari sans la réduire à l'inventaire à l'égard des créanciers de ce dernier. Mais leurs efforts viennent se briser contre la solidarité étroite qui unit indissolublement les éléments du système organisé par les articles 1499-1504 et 1510, l'inventaire et la commune renommée. Inventaire et commune renommée sont soudés l'un à l'autre ; ils se conditionnent et s'expliquent mutuellement. C'est cette idée que nous voulons mettre en lumière dans notre conclusion.

Conclusion et formule. — Nous avons, en effet, achevé l'étude de la commune renommée dans les hypothèses des articles 1415 et 1504. Nous en connaissons l'étendue, les conditions d'application et les effets. En un mot nous en avons précisé la physionomie juridique. Il nous faut maintenant grouper les traits essentiels que nous avons relevés et en fournir l'explication.

Ces traits, nous les connaissons déjà, car ils se sont dégagés au fur et à mesure de nos développements. Le plus significatif, peut-être, résulte de la limitation du domaine d'application de la commune renommée. Les deux autres sont d'une part son inopposabilité aux créanciers de la communauté, et de l'autre sa restriction aux seuls régimes de communauté. Ces deux derniers traits sont par eux-mêmes très nets et très précis. Nous n'avons rien à ajouter à la constatation que nous en avons faite. Mais il n'en va pas de même du premier. Il ne suffit pas, en effet, de noter les limitations apportées par la loi et la jurisprudence à l'application de la commune renommée ; il faut encore en déterminer le sens et la portée. Un

arrêt que nous avions provisoirement laissé de côté va nous permettre de le faire. L'espèce soumise à la Cour était la suivante. Mme Bernard-Derosne, mariée sous le régime de la communauté, ayant intenté en 1872 une demande en séparation de biens contre son mari, avait obtenu satisfaction en 1878. A cette époque, elle prétend qu'une partie du mobilier a été détournée par son mari au préjudice de la communauté, et elle demande, en conséquence, à établir par la commune renommée l'importance du mobilier commun au moment de la demande en séparation de biens. La Cour de Paris n'a pas hésité à repousser l'enquête (1). Et la raison de ce rejet est facile à dégager. Les arrêts n'accordent à la femme la commune renommée sur le fondement des articles 1415 et 1504 que lorsqu'elle réclame le paiement de ses reprises. C'est là une condition essentielle de son admission. Précisément cette condition n'était pas réalisée dans l'espèce soumise à la Cour de Paris. Nous avons ainsi une première précision. La commune renommée n'est donnée à la femme que pour lui faciliter le paiement de ses reprises. Mais il nous faut aller plus loin, car cette idée d'une liaison nécessaire entre les reprises et la commune renommée ne traduirait pas d'une façon suffisamment exacte la réalité jurisprudentielle. Nous avons, en effet, rencontré au moins une hypothèse où la femme voulant établir par la commune renommée l'existence à son profit d'une récompense s'était vu interdire ce mode de preuve par la Cour de cassation. Nous faisons allusion à la dissimulation d'une partie du prix dans l'acte de vente d'un immeuble propre de la femme. Dans ce cas, cette dernière a le droit incontestable de reprendre, lors de la dissolution, la partie du prix dissimulée et tombée en communauté, mais elle ne peut en établir ni l'existence ni la consistance par la commune renommée (2). La commune renommée est exclue alors cependant qu'il s'agit de l'exercice d'une reprise. Nous pouvons mainte-

(1) Paris, 3 avril 1884, S. 1884. 2. 120.
(2) Arrêt précité du 18 janvier 1875, S. 76. 1. 5.

nant ajouter un autre exemple tiré de l'impossibilité pour la femme d'invoquer la commune renommée lorsqu'elle exerce la reprise d'un immeuble lui appartenant. Ces deux exemples, et on en pourrait trouver d'autres, empruntés l'un à la jurisprudence, l'autre à la loi, nous obligent à préciser le lien qui rattache la commune renommée à l'exercice des reprises. Un trait commun à ces deux exemples nous indique l'idée. Dans le premier, la femme qui veut exercer la reprise de la partie du prix dissimulée n'est pas obligée pour établir l'existence et la consistance de la dissimulation au regard des créanciers communs de présenter un inventaire. Elle jouit à leur égard de la plus grande liberté de preuves (1). Pareillement, dans le second, la femme qui veut reprendre un immeuble dont elle a gardé la propriété n'est pas obligée, cela va sans dire, de présenter un inventaire aux créanciers de la communauté. Nous apercevons maintenant l'élément qui manquait à notre formule et qui nous permet dès lors de la compléter. La commune renommée dans les hypothèses prévues par les articles 1415 et 1504 s'applique à l'encontre du mari dans la mesure où pour exercer ses reprises la femme a besoin d'un inventaire à l'encontre des créanciers de la communauté. Mais alors la physionomie de la commune renommée s'éclaire singulièrement et son rôle est aisé à comprendre. Nous avons dit que l'inventaire s'analysait en un procédé arbitraire de restriction des reprises de la femme à l'encontre des créanciers communs. La commune renommée s'analyse, à l'inverse et tout naturellement, en un procédé arbitraire d'élargissement des reprises de la femme à l'encontre du mari ou de ses héritiers. La symétrie est parfaite. La loi, pour des raisons de crédit et pour couper court à toutes les fraudes, restreint les reprises de la femme à l'égard des créanciers par l'inventaire, mais comme, en définitive, c'est par la faute du mari que cette dernière se trouve atteinte, elle va pouvoir se retourner contre lui

(1) Même arrêt.

et lui infliger une sanction exactement semblable à celle qu'il lui a fait subir. Son patrimoine a été diminué au profit des créanciers de la communauté, il va se venger sur celui du mari, véritable auteur du préjudice.

Nous saisissons maintenant la raison de cette liaison indissoluble que nous avons admise entre l'inventaire et la commune renommée. La commune renommée constituant la rançon de l'inventaire lui est attachée aussi étroitement que l'ombre au corps. Si l'on peut admettre la possibilité d'imposer à la femme l'inventaire à l'égard des créanciers communs sans lui donner la commune renommée contre son mari (1), il est en revanche impossible de comprendre que la commune renommée puisse être opposée au mari lorsque l'inventaire n'est pas nécessaire au regard des créanciers, puisqu'elle a précisément pour but de réparer le préjudice tout spécial causé à la femme par l'absence d'inventaire dans les cas où il est imposé par la loi à leur encontre.

La conception que nous venons de présenter dégage, croyons-nous, exactement l'esprit de la jurisprudence, car elle rend compte d'une manière satisfaisante de toutes ses solutions. Elle explique d'abord, et cela va sans dire, les limitations précises apportées à l'application de la commune renommée, puisqu'elle n'est que le reflet de l'esprit même qui a présidé à ces limitations. Elle explique aussi l'inopposabilité de la commune renommée aux créanciers de la communauté. Cette inopposabilité est même impliquée nécessairement dans notre conception, puisque la commune renommée n'est admissible qu'autant que l'inventaire est nécessaire à l'encontre des créanciers. Et nous comprenons enfin sa restriction aux régimes de communauté, car personne n'a jamais soutenu qu'en dehors de la communauté la femme dût pour l'exercice de ses reprises présenter un inventaire aux créanciers de son mari.

(1) C'est ce qui a lieu pour le mobilier que la femme possédait au moment du mariage.

En dernière analyse, le système des articles 1499, 1504 et 1510 nous apparaît beaucoup moins comme un système de preuve des reprises mobilières de la femme commune que comme un système *d'exercice* de ces reprises, restreintes à l'égard des créanciers communs par l'inventaire, élargies par compensation à l'égard du mari, grâce à la commune renommée. En l'envisageant du point de vue de la commune renommée, nous avons pu mieux marquer son esprit et sa logique.

Mais nous l'avons fait pressentir, ce système nous apparaît aujourd'hui comme particulièrement injuste. Il ne peut se défendre que si on le considère comme un système de fond et non comme un système de preuve. Il est alors rigoureux, il n'est pas injuste. Or depuis la promulgation du Code, des lois postérieures ont apporté des modifications qui impliquent une déformation de la pensée primitive des rédacteurs du Code, ou tout au moins un changement de conception de la part du législateur. On pourrait peut-être trouver l'origine de cette évolution dans la refonte, en 1838, des articles 560 et 563 du Code de commerce. Nous préférons, toutefois, ne faire appel qu'à la loi du 13 juillet 1907, car elle n'autorise aucun doute. Le changement de point de vue est complet Les biens réservés de la femme mariée sous un régime de communauté, nous dit cette loi, font partie de la communauté. Toutefois, elle pourra les soustraire au gage des créanciers communs, au moins si la dette n'a pas été contractée dans l'intérêt du ménage, lorsqu'elle établira leur qualité. A cet effet, elle pourra se servir, à l'encontre des créanciers communs aussi bien que de son mari, de tous les moyens de preuve que le droit commun autorise, à l'exception de la commune renommée. Alors apparaît la contradiction législative entre le système des articles 1499, 1504 et 1510 et la loi de 1907. Pour le patrimoine familial de la femme dont l'origine est certaine et la consistance réelle, la loi se montre d'une rigueur extrême; elle en restreint arbitrairement la reprise. Pour son patrimoine individuel, au contraire, dont la constitution prête à

toutes sortes de doutes, elle lui ménage toutes ses faveurs. La reprise pourra s'en faire le plus facilement du monde. On ne peut même pas répondre que la différence s'explique par l'idée que nous sommes en présence d'une législation de classe, car la loi du 13 juillet 1907 concerne toutes les femmes qui ont une profession, quelle que soit cette profession. Il faut de toute nécessité constater la contradiction. Le système des articles 1415, 1499, 1504, 1510 a été condamné par le législateur lui-même.

Quoi qu'il en soit, nous devions en dégager la signification précise, afin d'être fixé sur le rôle exact qu'il attribue à la preuve par commune renommée.

SECTION II

ARTICLE 1442

Il est temps d'arriver à la deuxième application légale de la preuve par commune renommée, telle qu'elle ressort de l'article 1442. Ce texte suppose une communauté dissoute par la mort de l'un des époux. Si le conjoint survivant ne fait pas inventaire, les parties intéressées pourront établir par la commune renommée la consistance des biens et effets communs. Et en présence d'enfants mineurs, le défaut d'inventaire fait perdre en outre à l'époux survivant la jouissance de leurs revenus. Telle est l'hypothèse nouvelle qui met en jeu la preuve par commune renommée. Elle est, on le voit, complètement différente de celles que nous avons jusquici étudiées. Jusqu'à présent, nous avons vu la commune renommée permettre à la femme ou à ses héritiers de reconstituer son patrimoine propre à l'encontre du patrimoine commun, ici c'est ce patrimoine commun qu'elle permet de reconstituer au profit des héritiers du conjoint prédécédé, quel qu'il soit.

Cette idée générale indiquée, nous devons, comme nous l'avons fait à propos des articles 1415 et 1504, pénétrer dans le détail des difficultés que soulève l'application à notre hypothèse de la preuve par commune renommée. A la vérité, notre tâche se trouve singulièrement simplifiée, la plupart des difficultés se trouvant d'elles mêmes résolues. Un rapide coup d'œil sur les recueils permet de s'en rendre compte ; la jurisprudence est particulièrement avare de décisions en notre

matière. Elle s'occupe principalement de la perte de l'usufruit légal en présence d'enfants mineurs, et les quelques arrêts qui visent la preuve par commune renommée s'attachent seulement à la détermination des qualités que doit réunir l'inventaire.

Débarrassons-nous d'abord des questions qui ne souffrent aucune difficulté. L'hypothèse indiquée par l'article 1442 est trop nettement précisée pour qu'il y ait place au moindre doute. Il faut qu'on se trouve en présence d'une communauté dissoute par le prédécès de l'un des conjoints (1). D'autre part tout le monde est aujourd'hui d'accord au sujet des personnes qui peuvent invoquer la commune renommée : ce sont les héritiers majeurs ou mineurs du conjoint prédécédé, quel qu'il soit. Enfin, on ne peut songer à étendre l'article 1442 à d'autres régimes que ceux de communauté, cet article supposant nécessairement des biens communs (2).

Ces trois points résolus, nous restons en présence de deux questions précises :

Quelles qualités doit avoir l'inventaire pour écarter l'application de la commune renommée ?

A qui sera opposable la commune renommée ?

I. — La première question, avons-nous dit, a donné lieu à d'assez nombreuses décisions de jurisprudence. Nous en connaissons déjà la teneur et l'esprit. Les arrêts se montrent très larges pour admettre qu'il y ait inventaire suffisant. L'inventaire tardif est valable s'il y a de bonnes raisons pour expliquer ce retard, si rien ne fait suspecter son exactitude, si ce retard n'a entraîné aucun préjudice, toutes formules équivalentes employées par les arrêts (3). Même au cas de défaut d'inventaire, lorsque l'héritier majeur habitait avec l'époux survivant, et qu'il aurait pu lui-même faire dresser l'inven-

(1) Dijon, 17 janvier 1856, S. 56. 2. 349 : Douai, 13 janv. 1865, S. 66. 2. 61.

(2) Toulouse, 19 déc. 1859, S, 40. 2. 164. Bien entendu, il est fait exception pour la société d'acquêts joints au régime dotal. Caen, 18 nov. 1863, S. 64. 2 201.

(3) Pau, 28 mars 1887, S. 87. 2. 166 ; Bourges, 14 février 1860, S. 60. 2. 113; Orléans, 7 mars 1863, S. 63. 2. 208; Bordeaux 17 mars 1875, D. 77. 2 207.

taire, l'article 1442 est inapplicable (1). Il en est de même lorsque l'absence d'inventaire se justifie par le mauvais état des affaires de la communauté (2). Enfin, un arrêt de la Chambre des requêtes, très ancien il est vrai, a admis qu'un inventaire fait sous seings privés par deux voisins pour une veuve après le décès de son mari pouvait avoir effet, lorsque sa sincérité et son inexactitude ne sont pas contestées, pour établir les droits de la veuve vis-à-vis des héritiers du mari (3). Par contre, l'inventaire dans lequel on relève des omissions et des inexactitudes volontaires n'a aucune efficacité (4). Nous nous contentons pour l'instant de rapporter ces solutions ; nous les systématiserons bientôt.

II. — Nous devons auparavant résoudre une question autrement délicate et dont l'étude nécessitera quelques développements, celle de savoir si la commune renommée est opposable aux créanciers du conjoint survivant sans distinction aucune. Dans les hypothèses visées par les articles 1415 et 1504, nous avons admis l'inopposabilité de la commune renommée aux créanciers de la communauté. Mais ici les créanciers de la communauté se trouvent entièrement hors de cause. Il ne s'agit pas, en effet, de porter atteinte au patrimoine commun, mais bien au contraire de le reconstituer, peut être au détriment du patrimoine propre de l'époux survivant. Ce sont les créanciers personnels de ce dernier qui risquent d'être lésés, et c'est à leur égard que nous devons raisonner. Ceci dit, précisons les diverses situations qui peuvent s'offrir à nous.

Une première situation ne soulève pas de difficulté sérieuse. On peut supposer que les héritiers du conjoint prédécédé réclament longtemps après le décès de leur auteur sa part dans les biens communs. Ils se trouvent alors en face de créanciers personnels du conjoint survivant, créanciers dont le

(1) Caen, 4 janvier 1840 D. 40. 2. 230.
(2) Paris, 21 février 1873, S. 94. 2. 199.
(3) Req., 1er juillet, 1898, *S. chr.*
(4) Paris, 23 mai 1900, *Gaz. Trib.*, 31 août 1900.

droit est né postérieurement à la dissolution de la communauté. Les héritiers du conjoint prédécédé pourront-ils user de la commune renommée ? Incontestablement oui, car il faut faire pleinement jouer le principe d'égalité de situation du débiteur et de ses ayants cause ; aucune bonne raison ne permet de l'écarter. Le texte est muet et le raisonnement que nous avons présenté à propos des articles 1415 et 1504 est ici impossible.

C'est ailleurs qu'il faut chercher la vraie difficulté. Nous pouvons supposer que le conjoint survivant, n'ayant pas fait inventaire, ait entrepris un commerce postérieurement à la dissolution de la communauté. Puis il tombe en faillite à une époque où la liquidation de cette communauté n'a pas encore été opérée. Les héritiers du conjoint prédécédé pourront ils user de la commune renommée à l'encontre de la masse pour reconstituer les biens communs ? On voit immédiatement d'où vient la difficulté : c'est que les créanciers du conjoint survivant sont devenus de par le jugement déclaratif de faillite des tiers vis-à-vis de leur auteur. Ne doit-on pas alors les traiter comme nous avons traité les créanciers de la communauté dans les hypothèses des articles 1415 et 1504 ? On pourrait penser peut-être à écarter les règles rigoureuses du droit commercial en faisant remarquer que la dissolution du mariage a été antérieure à la déclaration de faillite et même à l'entrée en commerce. L'argument serait sans portée. La jurisprudence, en effet, n'a pas hésité, entre autres exemples, à appliquer l'article 563 à une femme et aux héritiers d'une femme dont le mariage avait été dissous et les reprises en partie liquidées avant la déclaration de faillite du mari (1). Et cependant dans notre hypothèse nous devons décider autrement. C'est qu'il s'agissait dans l'arrêt du 8 décembre 1897 d'une liquidation des reprises de la femme, opération qui est soumise par la loi commerciale comme par la loi civile à des règles particulièrement rigoureuses. Dans notre hypo-

(1) Civ., 8 déc. 1897, S. 98. 2. 273 avec une note de Wahl.

thèse au contraire, les héritiers du conjoint prédécédé ne demandent pas du tout la liquidation des reprises de leur auteur. Ils veulent le partage des biens communs. Ils se présentent comme copartageants d'une masse commune. La loi commerciale doit respecter leurs droits y compris celui de faire reconstituer eette masse à l'aide de la preuve par commune renommée. Le droit français, en effet, n'admet pas, comme le droit anglais, que lorsqu'une personne est tombée en faillite tous ses biens, quels qu'ils soient, soient le gage de la masse. Le droit français admet la revendication. L'article 579 n'est pas limitatif. Il comprend l'action en partage (1). Ici encore, par conséquent, les héritiers du conjoint prédécédé peuvent user de la commune renommée.

Reste enfin une troisième situation quelque peu compliquée. On peut supposer que le conjoint survivant se soit remarié sous un régime de communauté. Ce second mariage est dissous par le décès du nouveau conjoint avant la liquidation de la première communauté. La seconde dissolution comme la première n'a pas été suivie d'un inventaire. Il faudra donc liquider les deux communautés et les héritiers de chacun des deux époux prédécédés auront incontestablement le droit d'user de la commune renommée. Mais sur qui retombera la charge de la preuve? Vis-à-vis du conjoint survivant elle retombera également sur les uns et sur les autres. Dans les rapports des héritiers de chaque conjoint entre eux, elle pèsera sur les héritiers du premier conjoint, car il s'agit pour eux de retirer d'une masse commune des éléments qui proviennent d'une autre masse. Leur situation est exactement semblable à la situation de celui qui prétend que le patrimoine d'autrui s'est injustement enrichi au détriment du sien. C'est à lui à apporter la preuve de cet enrichissement. La situation serait, à la vérité plus délicate si la deuxième communauté dissoute avait été inventoriée. Dans l'inventaire, en effet, sont compris les biens qui proviennent de la première communauté. Les

(1) Cf. Thaller, 4e édit., n° 1939.

héritiers du premier conjoint prédécédé pourront-ils même alors reconstituer la première communauté par commune renommée à l'encontre de l'inventaire? Il n'y a pas, croyons-nous, à hésiter car il ne s'agit pas du tout de contester les énonciations du notaire rédacteur de l'inventaire, mais de déterminer la propriété des objets compris dans l'inventaire. Le caractère authentique de l'acte ne modifie en rien le problème.

Nous avons ainsi achevé l'étude des difficultés que soulève ou que peut soulever l'application de l'article 1442. Nous avons noté tous les détails de fonctionnement de la preuve par commune renommée dans l'hypothèse que ce texte prévoit. Il s'agit maintenant de les expliquer.

Nous ne pouvons évidemment reproduire ici purement et simplement la formule que nous avons dégagée de l'étude des articles 1415 et 1504. La situation est toute différente. Là il s'agissait de la liquidation des reprises de la femme et notre formule s'y est trouvée intimement liée ; ici il s'agit de la reconstitution du patrimoine commun. L'explication doit être nécessairement différente.

Cette explication nous est suggérée par une série d'arrêts que nous avions provisoirement laissés de côté, mais qui vont maintenant singulièrement nous éclairer.

Le texte de l'article 1442 porte que lorsque les conditions fixées par cet article se trouveront remplies « la preuve *pourra* être faite tant par titre que par la commune renommée ». De ces termes, les tribunaux en ont déduit tout naturellement qu'en aucun cas la preuve par commune renommée n'était pour eux obligatoire. Ils peuvent l'accorder ou la refuser suivant les circonstances (1), et si l'on veut savoir quelles sont les circonstances que les tribunaux prennent en considération, la Cour de Paris répond très nettement : « Attendu que les époux Bayce pour justifier

(1) Req., 26 juin 1827, *S. chr.* ; Paris, 5e ch., 12 janvier 1893, *Le Droit*, 18 avril 1893.

leur demande d'inventaire par commune renommée n'établissent et n'allèguent même aucun fait pouvant faire suppose que la veuve d'Astchaouloff se soit rendue coupable de divertissements ou d'agissements de nature à compromettre leurs droits » (1). La pensée de la Cour est donc la suivante. Lorsqu'il apparaît d'après les circonstances de la cause que des divertissements ont pu se produire ou que des agissements coupables out pu avoir lieu, la commune renommée est légitimement accordée. Méditons cette formule. Elle cadre tout à fait avec les nombreux arrêts que nous avons cités sur les qualités que doit présenter l'inventaire pour être efficace. Elle nous explique l'indulgence de la jurisprudence. Tout inventaire tardif, même incomplet, est efficace, s'il apparaît qu'il est sincère. L'ensemble des arrêts rendus en notre matière, qu'ils statuent sur les qualités de l'inventaire ou sur le caractère facultatif de la commune renommée reflètent la même idée : la commune renommée n'est accordée par les tribunaux que lorsque les circonstances révèlent « que des divertissements ou des agissements de nature à compromettre les droits des héritiers » ont pu se produire. Cette idée va précisément nous permettre d'expliquer l'existence et le rôle de la commune renommée dans l'hypothèse de l'article 1442. Le défaut d'inventaire de la part du conjoint survivant fait naître à son encontre une présomption de recel. Mais, étant donné que la preuve du recel n'est pas apportée, on applique non la peine du recel mais une sanction moins rigoureuse, quoique de nature identique, la commune renommée. La commune renommée apparaît ici comme une forme atténuée du recel Elle permet aux héritiers du conjoint prédécédé d'aggrandir arbitrairement l'étendue du patrimoine commun et d'y faire entrer ainsi les biens qui sont présumés en être sortis. On comprend alors que le conjoint survivant soit privé sur la part des biens communs revenant aux enfants mineurs de l'usufruit légal. Cela s'ac-

(1) Paris, 12 janvier 1893 précité. *Adde* Req., 26 janv. 1842, S. 42. 1. 956 ; Bordeaux, 17 mars 1875 précité.

corde fort bien avec l'idée de recel. Sans doute il sera toujours permis aux héritiers d'apporter la preuve du recel et d'exiger l'application de l'article 1477, mais il faudra alors une preuve spéciale et précise ; le défaut d'inventaire ajouté à certaines circonstances générales ne suffira plus (1). Cette idée de présomption de recel se trouvait d'ailleurs à la base de l'ancienne institution de la continuation de la communauté. Quoi d'étonnant à ce qu'elle se retrouve à la base de l'institution qui l'a remplacée, la preuve par commune renommée !

(1) Req., 26 janvier 1842 précité.

SECTION III

PRÉTENDUES APPLICATIONS DE LA COMMUNE RENOMMÉE EN DEHORS DES ARTICLES 1415-1504 ET 1442

Les articles 1415, 1504 et 1442, dont l'étude est maintenant achevée, épuisent la série des cas où la preuve par commune renommée est admise par le Code civil. Nous en aurions par suite fini avec la détermination de son domaine d'application, si on n'avait voulu voir des applications indiscutables de cette preuve dans certaines institutions de notre droit. L'opinion publique, en effet dont la commune renommée est la manifestation sur le terrain de la preuve, joue un rôle très important, au moins en matière civile. Plus précisément, elle est à la base d'une série d'institutions dont les principales sont la possession d'état, la notoriété et l'acte de notoriété. Or ces institutions étant, en général, considérées comme des institutions de preuve, il était inévitable qu'elles fussent ramenées à la commune renommée, et depuis longtemps l'assimilation est faite. Nous la croyons, quant à nous, complètement erronée. Pour faire apparaître notre pensée, il nous faut dégager la nature juridique exacte de chacune de ces institutions; c'est alors seulement que nous pourrons dire pourquoi nous les croyons irréductibles à la commune renommée.

CHAPITRE PREMIER

La possession d'état

La possession d'état apparaît, au premier abord, comme une application incontestable de la preuve par commune renommée (1).

Elle s'analyse, en effet, dans l'opinion commune qu'un état existe, que deux individus, par exemple, sont unis comme mari et femme, ou qu'un enfant est légitime. Elle est la croyance du milieu à l'existence d'un état révélé par des signes extérieurs, opinion et croyance qui, dans des hypothèses déterminées, suffisent à faire considérer cet état comme légalement existant. Pour tout dire, l'opinion commune prouve l'état : c'est bien là la donnée essentielle de la preuve par commune renommée. Précisons l'idée, car elle contient une double affirmation. Assimiler, en effet, la possession d'état à la commune renommée, c'est affirmer d'abord que la possession d'état est basée sur l'opinion publique, proposition incontestable ; mais c'est aussi affirmer que cette opinion joue le rôle de preuve. C'est dire, en d'autres termes, que la possession d'état est, en droit français, une institution de preuve. Voilà l'affirmation de principe contenue au fond de l'idée que nous venons de développer. Est-elle exacte ? Il paraît difficile de répondre d'un mot et surtout de donner une réponse unique. On sait en effet que la possession d'état n'est pas autre chose qu'une application de la théorie de la possession en matière d'état. Or, pré-

(1) Bonnier, *Traité des preuves*, édit. Lamande, p. 224, n° 246. Gaillard, thèse précitée, p. 180 et sq.

cisément, la possession est une institution dont la nature juridique ne peut être ramenée à l'unité. Tantôt elle sert de preuve, tantôt elle donne naissance à des situations juridiques. Elle prouve le droit, mais aussi elle le crée. Quel est alors son pouvoir en matière d'état? Se limite-t-il à la preuve, ou bien s'étend-il au fond du droit? Seule une étude minutieuse des conditions d'application et des effets de la possession d'état peut nous permettre de répondre.

Nous allons étudier successivement la possession d'état d'époux et celle d'enfant légitime.

I. — Possession d'état d'époux (1)

La possession d'état d'époux trouve application dans deux hypothèses différentes, et qu'il faut soigneusement distinguer, prévues par les articles 196 et 197.

I. — Etude de l'article 196

Cet article est ainsi conçu : « Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte ». On n'ignore pas les grosses difficultés d'interprétation que ce texte a autrefois soulevées. Il parle en effet de l'acte de célébration. Que faut-il entendre? S'agit-il de l'acte de l'état-civil qui constate la solennité, de l'acte de preuve? Oui, semble-t-il, mais alors l'article 196 n'est susceptible d'aucune application pratique, les vices de cet acte ne donnant jamais ouverture à nullité. Aussi la jurisprudence décide-t-elle depuis longtemps qu'il s'agit non pas des vices de l'acte de célébration, mais des vices de la célébration elle-même. La possession

(1) V. Charles Pourreau, *Du rôle de la possession d'état d'époux légitimes*, thèse Paris, 1911, qui donne l'état de la doctrine sur la question.

d'état d'époux sert à couvrir les vices résultant de la clandestinité et de l'incompétence. « Considérant, dit la Cour de Paris, dans son arrêt des Chambres réunies du 24 avril 1874 (1) que l'article 196 s'applique à toutes les nullités qui pourraient affecter l'acte, c'est-à-dire la célébration du mariage, hors les cas de vices intrinsèques, tels que l'inceste et la bigamie, où la loi n'admet pas qu'un mariage puisse exister ». Nous n'avons pas à discuter cet interprétation de l'article 196 : il nous faut seulement en tirer les conséquences du point de vue qui nous intéresse. Elles se dégagent d'ailleurs avec une pleine évidence. Cette interprétation attribue à la possession d'état d'époux une nature juridique précise, exclusive de toute idée de preuve. Il n'est pas douteux, en effet, que, si la possession d'état servait à corriger l'acte de l'état civil, il faudrait voir en elle un procédé de preuve. Elle serait un complément de preuve de la célébration. Mais précisément cette idée est nécessairement condamnée par le système des arrêts. Ce n'est pas un acte de preuve que la possession d'état vient corriger, c'est la célébration elle-même qu'elle consolide et complète ; elle produit effet sur le fond du droit, et il est facile de préciser cet effet : la possession d'état d'époux équivaut à une confirmation du mariage ; elle implique de la part des époux renonciation à l'action en nullité.

Cette conception permet seule d'expliquer les effets précis attribués à la possession d'état ainsi que l'étendue d'application qui lui est assignée. Quant aux effets d'abord, l'article 196 déclare que « les époux seront respectivement non recevables à demander la nullité de l'acte de célébration ». Les tribunaux en ont déduit que la fin de non-recevoir édictée par le texte n'était opposable que par l'un des époux à l'autre et « qu'à moins d'ajouter à la loi, elle ne saurait être admise contre les autres personnes qui peuvent attaquer le mariage » (2). Il est, en effet, de règle que

(1) S. 75. 2. 49.

(2) Lyon, 4 avril 1867, S. 67. 1. 290. Cet arrêt suppose même la possibilité d'appliquer l'article 196 au cas de non-existence du mariage.

la confirmation ne peut produire effet qu'entre les parties elles-mêmes. Non moins significative est l'étendue d'application fixée à l'article 196. Depuis longtemps, la jurisprudence déclare que l'article 196 s'applique aux mariages contractés par des Français à l'étranger (1) Et il ne faut pas seulement entendre que la possession d'état couvre le vice résultant de l'absence de publications prescrites en France par l'article 170 (2). Il faut aller plus loin. Si nous supposons qu'une législation étrangère prescrive à peine de nullité la célébration publique du mariage, ou, ordonnant la rédaction d'un écrit, attache la nullité à l'inobservation dans cet acte de certaines formalités, et si, dans ces conditions, des époux français, dont le mariage a lieu sous l'empire de cette législation, encourent une de ces nullités, la possession d'état d'époux les empêchera de s'en prévaloir à l'égard l'un de l'autre (3). Comment justifier cette jurisprudence? On n'ignore pas que la règle *locus regit actum* s'applique aussi bien aux formes des actes passés à l'étranger qu'aux modes de preuve de ces mêmes actes. La Cour de cassation l'a maintes fois déclaré (4). Plus spécialement l'article 170 en fait une application en matière de mariage. Ce texte ne parle, il est vrai, que des formalités de la célébration; mais auteurs et arrêts sont d'accord pour admettre que la loi étrangère régit également tout ce qui est relatif à la preuve de l'union (5). C'est ainsi qu'on admet la preuve par témoins de la célébration de mariages contractés dans des pays où la loi n'en exige pas la constatation par écrit (6). On admet même qu'il n'est pas nécessaire de prouver le fait de la célé-

(1) V. en particulier Lyon, 1er juin 1881. Clunet, 1882, p 534; Seine, 23 juin 1883, Clunet, 1884, p. 67; Paris 25 juin 1884; *id*, 1884: p. 627; Pontoise, 12, 20 juin, 4 juillet et 6 août 1884; *id.*, 1885, p. 295; Paris, 9 août 1898; *id.*, 1898, p. 1080.

(2) Req., 25 février 1839. S. 39. 1. 187; Req., 17 août 1841, S. 41. 1. 681; Req., 8 nov. 1853, S. 56 1. 17.

(3) Cass., 26 juillet 1865, S. 65. 1. 393 et les arrêts précédemment cités.

(4) V. en particulier Civ., 23 mai 1892, S. 92. 1. 521; Civ., 14 juin 1899, S. 1900. 1. 225 et note de M. Pillet.

(5) Bastia, 7 mai 1859 S. 60. 2. 333; Req., 9 nov. 1846, S. 47. 1. 55; Req., 18 mars 1868, S. 68. 1. 205; Req., 13 janv. 1857, S. 57. 1. 81.

(6) Bordeaux, 10 août 1831, S. 32. 2. 105.

bration, lorsque le mariage a eu lieu dans un pays où, pour établir l'existence d'une union légitime, il suffit de justifier de la cohabitation et de la réputation (1). Bref, tout ce qui a trait à la preuve du mariage célébré à l'étranger doit être apprécié d'après la loi étrangère. Admettre, par conséquent, que la possession d'état soit, dans le cas de l'article 196, une preuve de la célébration, c'est dire que jamais elle ne pourra être invoquée par des Français mariés à l'étranger. Précisément, cette conséquence, la jurisprudence la repousse, indiquant nettement par là que, pour elle, la possession d'état d'époux ne peut se ramener à un procédé de preuve.

Résumons-nous d'un mot. On pourrait très bien concevoir que la possession d'état servît à remplacer ou à corriger l'acte de l'état civil constatant la célébration du mariage. Elle serait alors, sans conteste, un procédé de preuve. Et les conséquences de cette conception seraient faciles à déterminer. La possession d'état aurait effet envers et contre tous, comme l'acte de mariage lui-même. Elle serait, d'autre part, strictement réservée aux mariages contractés en France soit par des Français, soit par des étrangers. En rejetant ces solutions, la jurisprudence a repoussé le principe d'où elles découlent. La possession d'état d'époux, dans l'hypothèse de l'article 196, ne prouve pas la célébration, elle confirme le mariage. Au reste, tout le monde semble aujourd'hui d'accord à ce sujet; cela nous dispense d'insister.

II. — Etude de l'article 197

Toute différente est l'attitude de la doctrine à l'égard de la deuxième application de la possession d'état d'époux. Elle estime ici, d'une façon unanime, que cette possession agit à titre de preuve. Nous allons nous efforcer d'établir, par une

(1) Cass., 2 déc. 1841, S. 42. 1. 321; Bordeaux, 14 mars 1849, S. 52. 2. 407; Req., 13 janvier 1857, S. 57. 1. 81.

étude d'autant plus minutieuse de l'art. 197, l'inexactitude de cette conception.

L'hypothèse visée par l'article 197 est assez simple. La loi suppose des enfants ayant la possession d'état d'enfants légitimes et devant, à l'effet d'établir leur légitimité, présenter l'acte de mariage de leurs parents. Ceux-ci sont décédés et les enfants ne peuvent produire cet acte de mariage Ils pourront, dit l'article 197, passer outre si leurs parents avaient la possession d'état d'époux et si leur propre possession d'état n'est point contredite par leur acte de naissance. La situation, on le voit, est toute différente de celle visée par l'article 196, ainsi que le rôle joué par la possession d'état d'époux. Ici c'est bien l'acte de mariage, c'est-à-dire l'acte de preuve que la possession d'état a pour but de remplacer. A son défaut elle prouve, semble-t-il, la célébration. Comment, dès lors, lui dénier un caractère probatoire? Ce n'est là cependant qu'une illusion que nous espérons dissiper. Des conditions d'application de l'article 197, ainsi que des effets attribués à la possession d'état d'époux, tels que la jurisprudence les a déterminés, se dégage une conception tout opposée. Etant donné les positions prises par les arrêts sur les questions essentielles que soulève l'application de notre texte, il est impossible de considérer la possession d'état d'époux comme une preuve de la célébration. Le rôle qu'elle joue est irréductible à cette idée. Nous voudrions le mettre nettement en lumière.

Nous trouvons une première série d'arrêts touchant les conditions d'application de l'article 197, desquels il semble que nous puissions tirer argument. On s'est demandé, en présence du texte de cet article, si l'enfant doit toujours établir la possession d'état d'époux de ses parents et sa propre possession d'état d'enfant légitime, ou bien s'il peut se contenter, au cas où il présente son acte de naissance, de démontrer la seule possession d'état d'époux de ses parents. La jurisprudence n'a jamais hésité. Depuis 1867, elle décide que l'enfant doit justifier des deux possessions d'état (1). Elle va même plus loin :

(1) Civ., 19 juin 1867, S. 67. 1. 345, note Labbé; Civ., 18 mars 1868, S. 68. 1.

une preuve directe de ces deux possessions est indispensable. La possession d'état d'époux, par exemple, ne saurait résulter de simples inductions tirées des actes invoqués comme établissant la possession par l'enfant de l'état d'enfant légitime (1). Une telle exigence n'est-elle pas opposée à la conception qui attribue à la possession d'état un caractère probatoire? On pourrait le penser, voici grâce à quel raisonnement. Si, pourrait-on dire, la possession d'état était un moyen de preuve, elle devrait prouver et prouver *seule* la célébration du mariage Ainsi en est-il dans les pays où la possession d'état a, de l'avis de tous, ce caractère (2). Le mariage étant alors prouvé par la possession d'état, il ne resterait plus à l'enfant pour établir sa légitimité qu'à démontrer qu'il est issu des deux individus mariés soit par son acte de naissance, conformément à l'article 319, soit par la possession d'état d'enfant légitime conformément à l'article 320, mais jamais par les deux à la fois. Or, la jurisprudence est tout autre. Elle exige la preuve de la possession d'état d'enfant légitime même en présence d'un acte de naissance. N'en faut-il pas conclure que, tout au moins dans cette hypothèse, la filiation étant établie par l'acte de naissance conformément à l'article 319, la possession d'état d'enfant ne peut être prise en considération qu'à l'égard du mariage des parents. Si, alors, on peut parler de preuve, il faut reconnaître, toujours dans cette hypothèse, que la possession d'état d'époux ne peut prouver le mariage que si elle est corroborée par la possession d'état d'enfant, exigence qui ne se comprend nullement sur le terrain de la preuve.

En réalité, ce raisonnement n'est rien moins que décisif. Pourquoi, d'abord, condamner le caractère probatoire de la

205; Lyon, 28 mai 1869 S. 70. 2. 14; Bordeaux, 28 mai 1889, S. 90. 2. 230 L'idée peut d'ailleurs se trouver dans des arrêts plus anciens Pau, 9 mai 1829 et Cass., 19 mai 1830, *S. chr.*

(1) V. l'arrêt de Civ, 19 juin 1867 précité.

(2) Dans l'état de Pensylvanie, pour prendre cet exemple devenu classique, où le statut local n'exige pour constater l'existence du mariage légitime ni un acte civil, ni un acte religieux ni un acte authentique, ni même un acte privé, il suffit pour prouver le mariage de la notoriété résultant de la cohabitation et de la réputation. Req., 13 janvier 1857, S. 57. 1. 81.

possession d'état d'époux par la raison qu'elle doit, pour être probante, s'appuyer sur la possession d'état d'enfant légitime? N'en est-il pas de même des présomptions qui, le plus souvent, ne deviennent efficaces qu'autant qu'elles s'appuient sur un commencement de preuve par écrit? Et cependant, personne ne songe à nier leur caractère probatoire! Mais il y a plus. La base même du raisonnement est erronée. La possession d'état d'enfant légitime, dans l'hypothèse de l'article 197, a un rôle tout différent de celui qui lui est assigné; elle ne confond jamais ses effets avec ceux de la possession d'état d'époux pour établir le mariage, nous le démontrerons par la suite longuement. Laissons donc de côté, au moins pour l'instant, cette exigence jurisprudentielle des deux possessions d'état; nous ne pourrons lui donner sa signification exacte qu'à la fin de nos développements.

La première indication précieuse que nous trouvons se dégage de la jurisprudence qui étend l'application de l'article 197 aux mariages contractés à l'étranger (1). Au premier abord, cette indication paraît même décisive. Nous avons vu, en effet, en étudiant précédemment l'article 196, que le bénéfice de cet article pouvait être invoqué par des Français ayant contracté mariage à l'étranger, et nous en avons conclu, étant donné la règle *locus regit actum*, qu'on ne pouvait considérer la possession d'état d'époux, dans l'hyothèse qu'il vise, comme un moyen de preuve. Or, la jurisprudence déclare pareillement que l'article 197 régit les Français mariés à l'étranger. La même conclusion ne s'impose-t-elle pas dès lors à nous? En réalité, il ne faut pas se hâter de conclure, car un élément nouveau modifie sensiblement le débat. Avant de l'indiquer, précisons le sens et la portée de cette jurisprudence établie de façon très nette par l'arrêt de la Chambre des requêtes du 8 juillet 1886. Voici les faits tels qu'ils étaient soumis à la Cour suprême. Un pacha de nationalité française, Linant de Bellefonds, avait eu d'une union avec une négresse, Esther

(1) Req., 8 juillet 1886, S. 87. 1. 449 note Labbé.

Saffran, quatre enfants. Ces enfants venant à la succession de leur père voient leur légitimité contestée. Ils ne peuvent présenter l'acte de mariage de leurs parents, mais ils offrent de prouver que ceux-ci avaient la possession d'état d'époux, eux-mêmes ayant la possession d'état d'enfants légitimes. Bref, ils se mettent sous le couvert de l'article 197. Le mariage était supposé avoir été contracté à l'étranger et la possession d'état d'époux s'était également réalisée à l'étranger (en Angleterre, en Nubie et au Caire). L'article 197 était-il applicable ? Oui, déclare la Cour suprême : « Attendu que, s'agissant d'une question d'état et de sujets français, quoique résidant en Egypte, c'est vainement que le pourvoi conteste l'application à leur profit des principes empruntés au statut personnel français et prétend en subordonner l'efficacité à la question de savoir si les mêmes modes de preuve sont autorisés par la loi du pays où, par hypothèse, le mariage aurait été célébré ». Voilà la solution. Reprenons maintenant, en le transposant, le raisonnement que nous avons présenté à propos de l'article 196. En matière de preuve d'un mariage contracté à l'étranger, la jurisprudence déclare formellement qu'il faut s'en rapporter à la loi étrangère, la règle *locus regit actum* visant la preuve et la forme des actes passés à l'étranger. Si donc, la Cour de cassation autorise les Français mariés à l'étranger, ou plutôt leurs enfants, à se servir de l'article 197, c'est que pour elle et dans cette hypothèse, la possession d'état d'époux n'est pas une preuve du mariage. Mais en réalité ce raisonnement, rigoureux en tant qu'il vise l'article 196, se trouve ici singulièrement émoussé par la présence d'un élément nouveau. Sur l'article 196, il s'agissait uniquement du mariage, de la célébration du mariage. Ici il s'agit avant tout de la légitimité. Le mariage n'est pris en considération qu'autant qu'il contribue à établir la légitimité de l'enfant (1). Or, en

(1) Il est certain que l'article 197 ne peut recevoir application que lorsqu'une question de légitimité est en jeu. Aussi les collatéraux ne peuvent-ils invoquer l'article 197 que lorsqu'il y a eu des enfants issus du mariage; Cass., 28 février 1872, S. 72. 1. 97. Pareillement un jugement du tribunal civil de la Seine du

matière de légitimité, plus généralement en matière de filiation, c'est le droit national qui est applicable. Il ne faut pas, toutefois, exagérer l'argument. Toute question de légitimité soulève une double preuve : la preuve du mariage et celle de la filiation, et chacune de ces preuves obéit en principe aux règles qui lui sont propres. Pourquoi alors, si la possession d'état d'époux est vraiment une preuve de mariage, l'article 197 peut-il être invoqué par des Français habitant à l'étranger, alors que leur possession d'état s'est manifestée à l'étranger? On ne peut justifier la solution qu'en déclarant dans notre hypothèse la question de l'existence du mariage et celle de la légitimité unies à un tel degré qu'il serait impossible de leur appliquer des règles empruntées à deux droits différents. Nous croyons le raisonnement exact, mais précisément il implique que la possession d'état n'agit pas à titre de preuve, car sur le terrain de la preuve il est impossible d'expliquer l'indissolubilité des éléments de l'article 197. Nous verrons, au contraire, que cette indissolubilité va de soi, si on attribue à la possession d'état un rôle sur le fond du droit.

Mais nous avons hâte d'arriver à des considérations autrement décisives et qui vont nous permettre de dégager l'esprit de la jurisprudence.

Les auteurs donnent en général comme fondement à l'article 197 l'impossibilité où se trouvent les enfants après le décès de leurs parents de connaître le lieu et la date de la célébration de leur mariage (1). Aussi sont-ils d'accord pour étendre cet article au cas où l'un des parents se trouve en état de folie ou d'absence, l'autre étant décédé. Mais,

8 mai 1903, S. 1906. 2 181 par application de cette idée a décidé que l'article 197 ne pouvait être étendu à celui qui se prétendant enfant légitime de deux personnes qu'il présente comme ayant été mariées discute le tarif des droits à payer par l'un des prétendus conjoints dans la succession de l'autre qui est prédécédé en instituant le premier comme légataire universel.

(1) Il résulte en effet de la discussion du titre du mariage au Conseil d'Etat et de l'exposé des motifs de ce titre par Portalis que la disposition de l'article 197 est fondée sur ce que les enfants peuvent ne pas connaître ce qui s'est passé avant leur naissance. Locré Législ., civ., t. IV, p. 470 et sq. n° 20, p. 516 et 571, n° 55.

d'autre part, si tel est le fondement de l'article 197, on doit évidemment en écarter l'application, dès qu'on connaît d'une façon certaine le lieu et la date de célébration du mariage. Alors, sans doute, les enfants pourront se voir dispenser de présenter l'acte de mariage de leurs parents, mais ce sera sur le fondement de l'article 46 du Code civil, et non en vertu de l'article 197 (1). Ce sont là les deux conséquences nécessaires de l'idée mise par les auteurs à la base de l'article 197. Précisément la jurisprudence les a rejetées toutes deux. Elle n'applique l'article 197 que si les parents sont l'un et l'autre décédés (2). Mais à l'inverse elle n'exige nullement pour son application l'ignorance du lieu de la célébration. Ce dernier point, dont l'importance ne saurait être dissimulée, ressort très nettement de l'arrêt du 8 juillet 1886 que nous avons précédemment étudié, mais seulement du point de vue du droit international privé. En réalité cet arrêt soulevait une autre difficulté. Nous avons dit que les fils de Linant de Bellefonds ne pouvant présenter l'acte de mariage de leurs parents avaient été placés sous le couvert de l'article 197. Et cependant on n'ignorait pas le lieu où la célébration du mariage s'était produite. Il existait un acte inscrit aux registres de l'état civil du consulat de France au Caire, sous la date du 14 septembre 1829 dans lequel Linant et Esther Saffran, en présence de témoins et devant le consul de France, avaient affirmé solennellement avoir contracté mariage à Northop le 11 avril 1825. Mais on ne pouvait trouver l'acte de mariage, attendu qu'en 1825 il n'existait pas en Angleterre des registres de l'état civil ou des registres en tenant lieu. Il semble donc que le véritable terrain de discussion aurait dû être celui de l'article 46. Et de fait tel a été le terrain sur lequel s'est placée la Cour d'appel : « Attendu, dit-elle très nettement, que l'existence et la validité de ce mariage ont été à bon droit admises par les premiers juges ; qu'en effet à l'époque de sa

(1) Aubry et Rau, 4e édit., § 452 *bis*, 2°, p. 19.

(2) Toulouse, 24 juin 1829, *S. chr.* ; Toulouse, 24 juillet 1826, *S. chr.* ; Paris, 21 juin 1853, S. 53. 2. 375. *Adde*, Metz, 2 mars 1870, S. 70. 2. 269.

célébration en 1824 et 1825 il n'existait point en Angleterre de registres de l'état civil, d'où il suit que l'article 46 du Code civil, trouve son application, et qu'en fait la preuve de ce mariage se trouve dans les registres et papiers émanés des père et mère des intimés, ainsi que dans divers témoignages, et dans des présomptions graves, précises et concordantes ». Il semble bien cependant que, le cas échéant, la Cour aurait appliqué l'article 197 : « Attendu, dit-elle, que les premiers juges ont, à juste titre, retenu surabondamment qu'à défaut de la preuve d'un mariage valable, dont ils seraient issus, les intimés justifiaient de la double possession qui, aux termes de l'article 197, suffit pour établir leur légitimité ». Quoi qu'il en soit, la Cour suprême a rejeté l'application de l'article 46 pour s'en tenir à l'article 197 : « Attendu, dit-elle, que toutes les prescriptions de l'article 197 ayant été observées, l'arrêt attaqué n'a pas besoin de la justification qu'il a surabondamment empruntée à la combinaison des articles 194 et 46 et qu'il est inutile de discuter avec le pourvoi ce fondement bien distinct de sa décision ». Pour la Cour de cassation, par conséquent, la connaissance du lieu et de la date de la célébration ne met point obstacle à l'application de l'article 197. Pareille doctrine ressort d'un jugement du tribunal civil de la Seine du 2 janvier 1863 (1).

Allons maintenant plus avant, et laissant provisoirement de côté la justification de cette jurisprudence, précisons les effets que les arrêts reconnaissent à la possession d'état, une fois remplies les conditions exigées par eux. On sait sous quelle forme précise se pose la question. Peut-on, en démontrant que la célébration n'a pas eu lieu, détruire les effets que l'article 197 accorde à la possession d'état? Si on admet que la possession d'état d'époux est une preuve de la célébration, aucune hésitation n'est permise; l'affirmative s'impose. Comment parler de preuve d'un fait qui n'a pas existé! Mais précisément les arrêts se sont prononcés très nettement pour la négative (2). La

(1) *Gazette des Tribunaux* des 9 et 10 janvier 1863.

(2) Req., 8 mai 1910, *S. chr.*; Montpellier, 4 février 1824, *S. chr.*; Paris,

preuve de la non-célébration n'empêche en aucune façon la possession d'état de sortir ses effets. L'affirmation est capitale et il nous la faut solidement appuyer à l'aide des arrêts. Nous en choisissons trois parmi les plus significatifs. Un arrêt très ancien de la Chambre des requêtes du 8 mai 1810 a été rendu dans l'hypothèse suivante. Deux enfants d'un sieur Pontiant réclamaient la qualité de légitimes en se fondant sur l'article 197. Le sieur Pontiant avait laissé deux autres enfants, légitimes ceux-là, qui soutenaient à l'encontre des premiers que l'article 197 s'appliquait seulement au cas où il y avait doute et présomption de mariage; que dans l'espèce, au contraire, il y avait certitude de la non-existence du mariage. Le sieur Pontiant, en effet, était devenu veuf en 1793 et peu après Marguerite Gouy était entrée chez lui en qualité de servante. Le 26 vendémiaire an V il y eut contrat de mariage entre eux et, depuis lors, ils n'avaient jamais quitté leur domicile. Or les registres de l'état civil de la contrée n'avaient été ni égarés, ni altérés, et le mariage ne se trouvant ni écrit sur les registres, ni certifié par la mémoire d'aucun voisin, il était impossible qu'il y ait eu célébration, puisque d'ailleurs il y avait certitude d'habitation non interrompue dans la contrée. Malgré la grande probabilité, on peut dire la certitude, de l'inexistence de la célébration qui résultait de tous ces faits, la Chambre des requêtes n'a pas hésité à faire produire à la possession d'état d'époux tous ses effets.

Dans une hypothèse analogue, la Cour d'appel de Toulouse a jugé pareillement (1). Un enfant né en 1789 avait à faire la preuve du mariage de ses parents décédés. Rappelons qu'avant 1789 la célébration consistait uniquement dans la bénédiction nuptiale. Or il était prouvé que la bénédiction nuptiale avait été donnée seulement le 12 mars 1808. Le mariage ne datait donc que de cette époque. La Cour de Toulouse a néanmoins appliqué l'article 197. Elle donne d'ailleurs

18 déc. 1837, S. 38. 2. 113, Req., 11 août 1841, S. 41. 1. 616; Toulouse, 4 juillet 1834, S. 44. 2. 398; Seine, 2 janvier 1863. *Gaz. des Trib.*, 9 et 10 janvier 1863.

(1) Toulouse, 4 juillet 1843 précité.

un motif qui ne fait que préciser son état d'esprit. Les époux, dit-elle, avaient pu se trouver dans l'impossibilité en 1808, c'est-à-dire, à la mort de l'un d'eux, de prouver la consécration antérieure de leur union, et le prêtre avait voulu pour la tranquillité de sa conscience procéder à un mariage *in extremis* avant d'administrer les derniers sacrements.

Beaucoup plus formel est un jugement du tribunal civil de la Seine du 2 janvier 1863 (1). Voici les faits tels qu'ils étaient présentés au tribunal. Mlle Adelinda Concha, à l'effet d'acquérir la légitimité, établissait la possession d'état d'époux de ses parents décédés et sa propre possession d'état de fille légitime. Mais ses adversaires avaient démontré par des certificats de mariage et de baptême la consanguinité au deuxième degré qui existait entre les prétendus époux. Des certificats authentiques attestaient qu'aucune dispense n'avait été sollicitée. Bien plus, il était établi que les deux époux avaient contracté un mariage clandestin et sous de faux noms, sans nul doute pour échapper à l'obstacle provenant de leur parenté. Le mariage était par suite nul. Qu'importe! Les conditions requises par l'article 197 étaient remplies : les deux possessions d'état se trouvaient réunies, le tribunal a sanctionné la prétention de l'enfant. Les attendus méritent d'être soigneusement relevés : « Attendu qu'alors même qu'il serait établi que José et Maria Concha se seraient en effet mariés à Lima sous de faux noms, sans dispenses, et hors la présence du propre curé de l'un d'eux, circonstances qui invalideraient cette union, il n'en résulterait pas cependant qu'Adelinda Concha ne dût pas être considérée comme leur enfant légitime ; qu'un nouveau mariage a pu être ultérieurement et régulièrement célébré ; que les canons du Concile de Trente qui constituaient le statut personnel des deux parties ne prohibent pas d'une manière absolue l'obtention des dispenses, même après un mariage nul contracté en connaissance de cause, et qu'un pareil fait s'est produit antérieurement dans la famille Concha elle-même ; qu'en définitive, il

(1) Précité.

suffit que cette régularisation *ait pu avoir lieu* pour que la faveur de la légitimité la fasse présumer; que les documents sur lesquels s'appuie Félicité Gillet sont donc inefficaces, puisque s'il était certain qu'un mariage n'a point été célébré valablement dans la contrée où ils ont été recherchés, il resterait à prouver qu'il n'y a pas été procédé valablement dans aucun autre pays, et que *cette preuve d'un fait négatif n'est pas possible* ». La pensée des magistrats ne prête à aucun doute. La possession d'état ne suppose pas l'existence effective de la célébration.

Il nous faut, d'ailleurs, compléter le système des arrêts en observant que la possession d'état cesse de produire effet devant la représentation d'un acte de mariage qui établit qu'à l'époque de la conception de l'enfant, sa mère, par exemple, était mariée avec un autre homme que celui que l'acte de naissance de cet enfant désigne pour son mari. Ainsi a décidé la Cour de Douai le 8 mars 1845 (1). La possession d'état d'époux, pour produire effet, suppose la possibilité d'une célébration valable.

Nous pouvons maintenant dégager la conception qui ressort des trois séries d'arrêts dont nous venons d'achever l'analyse. Résumons-les d'un mot. L'article 197 suppose de toute nécessité le décès des deux parents, mais il n'exige pas l'ignorance du lieu de la célébration du mariage. Il ne cesse de produire ses effets que devant la preuve directe de l'inexistence de la célébration et devant la preuve que l'un des époux était dans les liens d'un autre mariage au moment de la conception de l'enfant.

Toutes ces solutions impliquent nécessairement l'idée que la possession d'état d'époux ne peut être considérée comme un instrument de preuve. Les derniers arrêts que nous avons analysés n'autorisent pas le moindre doute. Ils veulent, avons-nous dit, pour écarter la prétention de l'enfant, une preuve directe et décisive de l'inexistence d'un mariage entre ses

(1) S. 45. 2. 321.

parents ; ce qui signifie, personne ne s'y est trompé, qu'ils repoussent toute preuve de cette inexistence, puisqu'il est impossible d'établir de façon directe la preuve d'un fait négatif. Mais alors le caractère probatoire de la possession d'état se trouve définitivement condamné. Comment en effet soutenir que la possession d'état d'époux est une preuve de la célébration, lorsqu'il est en fait établi de la façon la plus certaine que la célébration n'a pas eu lieu ! Si dans l'hypothèse dont s'occupe l'article 197 il s'agit seulement de prouver la célébration, on doit prendre en considération tous les faits apportés par les parties, dès qu'ils ont une force probante plus grande que celle de la possession d'état. On ne peut comprendre leur rejet, alors surtout qu'il aboutit au refus de la preuve contraire. Si la possession d'état a effet malgré l'inexistence établie de la célébration, c'est qu'elle n'est pas une preuve de cette célébration. Nous prévoyons ici une objection. Il n'est pas vrai, peut-on nous dire, que l'exigence d'une preuve directe aboutisse à la négation de toute preuve contraire, puisque la jurisprudence admet que la démonstration que l'un des époux était engagé dans les liens d'un autre mariage au moment de la conception de l'enfant empêche l'article 197 de sortir ses effets. La réplique est exacte, mais elle ne contredit nullement notre argumentation. Dans le cas visé, en effet, ce n'est pas l'inexistence de la célébration que l'on a établie, mais l'impossibilité d'une célébration valable et cette différence va nous permettre d'exprimer toute notre pensée. Traduisons les faits. Il suffit que la célébration du mariage ait été légalement possible pour que, la possession d'état se trouvant établie, il ne soit plus permis de prouver l'inexistence de cette célébration. Dès au contraire qu'un empêchement légal aurait vicié radicalement la célébration, la possession d'état n'a plus aucun effet. Voici maintenant notre justification. La possession d'état n'est pas une preuve de la célébration, puisqu'elle continue à produire effet, lors même qu'il est judiciairement établi que la célébration n'a pas eu lieu. Elle est un équivalent de la célébration ; elle ne la prouve pas, elle la remplace. Normale-

ment, pour établir le mariage, il faut prouver la célébration ; dans l'hypothèse de l'article 197 il suffit de prouver la possession d'état d'époux. Célébration et possession d'état d'époux sont deux faits de même nature ; leur domaine est seulement différent (1).

On comprend alors pourquoi est vaine la preuve de l'inexistence de la célébration. Qu'importe, en effet, qu'il n'y ait pas eu célébration, puisque la possession d'état en tient lieu ! Mais on comprend pareillement que la possession d'état s'arrête de produire effet là où la célébration elle-même n'en aurait produit aucun. C'est une confirmation de leur similitude.

Cette conception que nous venons ainsi de dégager des derniers arrêts que nous avons analysés cadre exactement avec l'ensemble des décisions jurisprudentielles rendues à propos de l'article 197. Il est en effet tout à fait légitime que, pour attribuer une telle force à la possession d'état, la loi ou la jurisprudence exigent qu'elle soit corroborée par la possession d'état d'enfant légitime et que les deux parents soient décédés. Mais alors peu importe que l'on connaisse ou que l'on ignore le lieu possible de la célébration ! Du moment où les parents sont morts, du moment où l'enfant pour une raison quelconque ne peut produire l'acte de mariage de ses parents, par faveur pour la légitimité, on lui permet de prouver la possession d'état d'époux de ses parents au lieu de prouver la célébration, deux faits considérés comme équivalents, pourvu qu'il ait lui-même la possession d'état d'enfant légitime.

Il est cependant une série de décisions que notre conception paraît impuissante à expliquer ; ce sont celles relatives à l'application de l'article 197 aux Français mariés à l'étranger. On sait en effet que c'est d'après la loi étrangère qu'il faut apprécier les mesures de publicité requises pour le mariage et les solennités nécessaires à sa célébration au même titre que les formes instrumentaires de l'acte qui constate la célébration.

(1) On comprend fort bien que la possession d'état puisse remplacer la célébration. Celle-ci en effet est l'élément de solennité et de publicité nécessaire à l'existence du mariage. Précisément la possession d'état peut dans une certaine mesure remplir le même but.

Si donc la possession d'état d'époux est un équivalent de la célébration, on ne doit en tenir compte qu'autant que la loi du pays dans lequel elle s'est manifestée l'admet avec cette qualité. L'article 197 ne doit recevoir application que lorsque la possession d'état s'est réalisée en France. Nous nous heurtons directement à la jurisprudence. En réalité, cette argumentation ne porte pas parce qu'il n'est pas possible, dans l'article 197, de dissocier la question du mariage de celle de la légitimité. Les deux possessions d'état sont indissolublement unies. La possession d'état d'époux ne remplace la célébration que parce que l'enfant qui réclame sa légitimité a la possession d'état d'enfant légitime. L'une commande l'autre. Les séparer pour les soumettre à des lois différentes, serait dénaturer l'article 197.

Cette idée que nous ne pouvons qu'indiquer pour l'instant, se précisera et s'éclairera lorsque nous aurons dégagé la nature juridique de la possession d'état d'enfant à laquelle nous arrivons maintenant.

II. — Possession d'état d'enfant

La filiation des enfants légitimes, nous dit l'article 319, se prouve par les actes de naissance. Toutefois, ajoute l'article 320, si l'acte de naissance fait défaut, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. Le bénéfice de ce dernier article doit être strictement limité à la filiation légitime. On a, il est vrai, à une certaine époque, attribué pareille force à la possession d'état d'enfant naturel tout au moins au regard de la mère (1). Mais on sait comment, à la suite de la tentative faite par M. Demolombe pour étendre les effets de cette possession à l'égard du père naturel, la solution fut abandonnée. Aujourd'hui la possession d'état d'enfant n'a d'efficacité propre qu'en matière de filiation légitime (art. 320 et 322).

(1) V. le dernier arrêt admettant cette doctrine. Cass., 10 février 1847, S. 47. 1. 81.

Quel est alors dans ce domaine son rôle juridique? Agit-elle comme moyen de preuve, ou a-t-elle effet sur le fond du droit ?

A la vérité, les articles 320 et 322 n'ont soulevé en pratique aucune difficulté dont la solution, mettant en jeu la nature même de l'institution, aurait pu nous fournir des éléments précis de discussion. Si nous étions par suite réduits à ces deux textes, la réponse ne paraîtrait guère douteuse, étant donné que la possssion d'état d'enfant semble remplacer un acte de preuve, l'acte de naissance, étant donné aussi l'intitulé du chapitre dans lequel ces deux textes sont placés (1). Heureusement, nous avons un autre texte sur lequel nous avons fourni déjà de longs développements, et qui met en jeu la possession d'état d'enfant légitime. C'est l'article 197. Nous avons étudié longuement, et déterminé, croyons-nous, de façon précise, le caractère de la possession d'état d'époux dans l'hypothèse que ce texte prévoit. Nous devons maintenant rechercher le rôle exact qu'y joue la possession d'état d'enfant légitime.

On se rappelle la conclusion à laquelle nous sommes parvenus. La possession d'état d'époux remplace la célébration. Lorsque les parents sont morts, l'enfant n'est pas tenu, à l'effet d'établir sa légitimité, de présenter l'acte constatant la célébration, il lui suffit de prouver que ses parents vivaient comme mari et femme. Possession d'état d'époux et célébration sont, chacun dans leur domaine, deux faits équivalents engendrant les mêmes effets. Ceci rappelé, considérons la possession d'état d'enfant légitime. Le trait le plus saillant, et qui s'impose immédiatement à nous, c'est la nécessité absolue de son existence. L'enfant doit nécessairement et dans tous les cas faire preuve de sa possession d'état d'enfant légitime. La présentation de son acte de naissance ne l'en dispense pas ; bien au contraire, il faut alors et, en outre, que cet acte ne contredise pas sa possession. L'acte de naissance apparaît comme

(1) Le chapitre est intitulé : *des preuves de la filiation des enfants légitimes*.

une confirmation, comme un complément de la possession ; par lui-même il n'a aucune valeur propre et indépendante. L'élément essentiel, prépondérant, c'est la possession d'état Tâchons maintenant de justifier cette prépondérance indiscutable en nous plaçant sur le terrain de la preuve. Sur ce terrain, le raisonnement est le suivant. L'enfant doit prouver sa légitimité. A cet effet, suivant les principes généraux, il est tenu d'établir avant tout le mariage de ses parents. Cette preuve est faite puisqu'il a établi leur possession d'état d'époux qui produit ici les mêmes effets que la célébration. Il doit alors démontrer qu'il est issu de ces deux individus mariés, et parmi les moyens mis dans ce but à sa disposition par le droit commun il en est deux indiqués par les articles 319 et 320 : l'acte de naissance et la possession d'état d'enfant légitime. S'il n'a pas d'acte de naissance, il devra établir sa possession d'état d'enfant ; mais s'il en possède un, il devra lui suffire. Au point de vue de la preuve de la filiation, acte de naissance et possession d'état sont deux institutions de même valeur ; s'il est nécessaire d'en établir une, point n'est besoin de les établir toutes deux (1). Les conclusions auxquelles nous aboutissons sont, on le voit, exactement contraires à celles qui se dégagent du texte de l'article 197 et de la jurisprudence qui s'est formée sur lui. Si l'on veut considérer la possession d'état d'enfant légitime comme une preuve de la filiation, il est impossible d'expliquer le caractère prépondérant qui lui est attribué et le caractère accessoire donné à l'acte de naissance. Aussi croyons-nous inexact de voir dans la possession d'état d'enfant légitime une preuve de la filiation. Son rôle est tout différent et une jurisprudence, que nous avions provisoirement laissée de côté, va nous permettre maintenant de le préciser.

(1) Cette argumentation n'a point échappé aux interprètes de l'article 197. V. en particulier la note de M. Pasquale Fiore sous un arrêt de Rouen du 25 juillet 1906, D. 1907. 2. 257. Mais cet auteur au lieu d'expliquer cette exigence jurisprudentielle de la possesion d'état d'enfant en présence de l'acte de naissance s'est bornée à la critiquer par le raisonnement que nous avons présenté.

On s'est demandé, dès les premières années de la promulgation du Code, si l'article 197 pouvait être invoqué non seulement par les enfants dont la légitimité se trouve contestée, mais encore par leurs descendants ou même par des collatéraux. La jurisprudence n'a pas hésité à répondre affirmativement (1). Mais aussitôt des difficultés sont nées de ce que la preuve de la possession d'état d'époux des auteurs de l'enfant, morts peut-être depuis fort longtemps, devenait particulièrement délicate. Aussi les arrêts se sont-ils montrés fort conciliants dans l'admission de cette preuve. Un d'entre eux est même allé jusqu'à nier sa nécessité (2). Lorsque l'enfant est mort, ayant joui toute sa vie de la possession d'état d'enfant légitime, cette dernière suffirait; point ne serait besoin de la possession d'état d'époux. Nous croyons que cet arrêt a dépassé les limites et qu'en présence des arrêts postérieurs sa doctrine pourrait difficilement être maintenue. Mais il n'en est pas moins fort important, parce qu'il nous révèle poussée à l'extrême, exagérée peut-être, mais développée logiquement, la véritable pensée de la jurisprudence. Grâce à lui nous pouvons la saisir. Elle est d'ailleurs fort simple. Dire que la possession d'état d'enfant légitime, lorsqu'elle a duré toute la vie de l'enfant, suffit, indépendamment de toute preuve du mariage des parents, à attribuer à cet enfant la légitimité, c'est admettre que la légitimité est acquise à l'enfant non pas du chef du mariage et de la filiation, mais du chef de la possession d'état. La possession d'état devient une source de la légitimité au même titre que le mariage. Cette idée qui se dégage ainsi de l'arrêt de Bourges peut seule, croyons-nous, justifier toute la jurisprudence qui s'est formée sur l'article 197. Nous la traduisons ainsi. L'enfant acquiert sa légitimité sur le fondement de sa possession d'état d'enfant légitime, lorsque ses parents décédés ont eu la

(1) Bourges, 4 juin 1823, *S. chr.*; Pau, 9 mai 1829, sous Cass., 19 mai 1830, *S. chro.*; Nîmes, 18 juin 1860, S. 61. 2. 325; Cass., 28 février 1872, S. 72. 1. 97; Req., 8 mai 1894, S. 98. 1. 454.

(2) Bourges, 4 juin 1823 précité. L'ancienne jurisprudence était en ce sens. V. Cass., 18 ventôse, an XI et 8 janvier 1806. *Nouveau Denizart*, v° Etat, p. 9.

possession d'état d'époux. Il ne s'agit pas pour lui de faire la preuve de sa filiation, car on ne comprendrait pas le caractère prépondérant de sa possession d'état et le caractère accessoire de son acte de naissance. En réalité ce n'est pas sur le fondement de la filiation que l'enfant est déclaré légitime, c'est sur celui de la possession d'état. De même que la possession d'état d'époux remplace la célébration, disons le mariage, de même la possession d'état d'enfant légitime remplace la filiation dont elle produit les effets. On comprend alors le caractère prépondérant de cette possession d'état. On comprend aussi la liaison intime que nous avons notée entre les deux possessions d'état. C'est parce que la possession d'état d'époux existe que la possession d'état d'enfant produit des effets aussi étendus et c'est en raison de l'existence de cette dernière que la possession d'état d'époux joue le rôle que nous lui avons assigné. Mais nous devons maintenant aller plus loin et développer jusqu'au bout notre pensée. Si la possession d'état d'époux ne remplace la célébration que lorsque l'enfant, dont les auteurs sont décédés, a la possession d'état d'enfant légitime, en revanche cette dernière ne limite pas ses effets au cas où les parents de l'enfant ont la possession d'état d'époux. Elle les produit encore lorsque l'enfant présente l'acte de mariage de ses auteurs, qu'ils soient vivants ou morts. C'est notre interprétation de l'article 320, et elle tire toute sa force de la restriction apportée par les arrêts au champ d'application de la possession d'état d'enfant. Celle-ci, en effet, nous l'avons dit au début de ces développements, n'est efficace qu'autant qu'il s'agit de faire acquérir à l'enfant la légitimité. Or si l'on ramène la possession d'état à une preuve de la filiation, il est impossible de justifier sa limitation à la filiation légitime. Comme le dit si bien M. Colin (1) : « Pour la possession d'état, rien ne vient, du moins au regard de la mère, justifier une différence entre la catégorie des enfants naturels et légitimes. On peut s'étonner, si l'on se place au point de

(1) De la protection de la descendance illégitime, *Revue trimestrielle*, 1902, p. 268, *in fine*.

vue de la valeur comparée des preuves que la loi admette la valeur probatoire de la reconnaissance et réprouve celle de la possession d'état ». Combien, au contraire, cette différence entre les enfants naturels et légitimes apparaît fondée, si l'on considère la possession d'état non comme une preuve de la filiation mais comme une source d'acquisition de la légitimité (1).

Nous devons nous arrêter et conclure. Pas plus que la possession d'état d'époux, celle d'enfant légitime ne peut être considérée comme une application de la commune renommée, parce que ni l'une ni l'autre ne sont des institutions de preuve (2).

(1) Nous devons compléter nos observations. En effet, en dehors de la filiation légitime, la possession d'état est admise, dans une certaine mesure comme complément de preuve de la filiation naturelle. Il en est ainsi lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 341), ou lorsque le nom de la mère a été indiqué dans l'acte de reconnaissance du père (art. 336). De même lorsque la paternité d'un enfant naturel est revendiquée par deux individus qui l'un et l'autre l'ont reconnu, la possession d'état d'enfant peut être invoquée à l'appui de l'une de ces deux reconnaissances. Req., 10 février 1847, S. 47. 1. 81. Dans ces diverses hypothèses la possession d'état d'enfant naturel concourt bien à la preuve de la filiation maternelle, mais à titre accessoire ; à elle seule elle est impuissante à prouver cette filiation et cela nous suffit pour que nous ne puissions parler de commune renommée, car la preuve par commune renommée est une preuve qui se suffit à elle-même et qui prouve seule, lorsqu'elle est admise. Sans doute il est possible qu'un jour en présence de réformes législatives, comme celle qui rétablirait la recherche de la paternité, notre conception de la possession d'état d'enfant légitime se trouve ébranlée. De nouvelles solutions en effet pourraient se faire jour qui contrediraient l'idée qui est à sa base. C'est possible, mais en l'état actuel de la jurisprudence, nous la croyons seule exacte.

(2) Donnons comme dernière confirmation de cette idée, cette constatation jurisprudentielle que la possession d'état s'établit tout autrement que la commune renommée. Poitiers, 1er décembre 1869, S. 71. 2. 161 ; Nîmes, 18 juin 1860, S. 61. 2. 325 ; Paris, 20 juillet 1892, D. 94. 2. 267 ; Cass., 7 mai 1873, S. 73. 1. 309. V. Aubry et Rau, 4e éd. § 554, t. VI, p. 12.

CHAPITRE II

La notoriété

Si nous avons pu séparer la possession d'état de la commune renommée, il semble difficile d'arriver au même résultat en ce qui concerne la notoriété. Celle-ci s'analyse en effet dans la connaissance par l'opinion publique d'un fait ou d'un état, connaissance qui paraît suffire dans certaines hypothèses à faire preuve légale de ce fait ou de cet état. Mais ici encore nous devons nous défier de l'apparence. Oui, la notoriété, comme la commune renommée et la possession d'état, est une institution qui a à sa base l'opinion publique, mais, comme la possession d'état, elle ne peut être ramenée à la commune renommée qu'à la condition de voir en elle un instrument de preuve, et c'est à cette recherche préalable qu'il faut nous attacher.

Le Code civil donne effet à la notoriété dans trois hypothèses distinctes prévues par les articles 444, 503 et 1994. La loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle en a ajouté une quatrième. Une seule de ces hypothèses présente un intérêt sérieux ; c'est celle prévue par l'article 503. Nous l'étudierons en détail afin de nous rendre compte du rôle précis qu'y joue la notoriété. Quelques mots suffiront pour les autres.

I. — La notoriété dans l'article 503

« Les actes antérieurs à l'interdiction, nous dit cet article, pourront être annulés si la cause de l'interdiction existait

notoirement à l'époque où ces actes ont été faits ». Il est donc possible de faire tomber, du vivant de l'interdit, les actes passés par lui avant le jugement d'interdiction, à la double condition de prouver l'état habituel de folie dans lequel il se trouvait, et la notoriété de cet état. Pourquoi cette seconde condition? Dans quel but la loi exige-t-elle la notoriété de l'état de folie? Est-ce à fin de preuve? Est-ce à fin de publicité? La question est maintenant posée. Pour la résoudre, nous devons prendre parti sur une difficulté sans lien apparent avec la nôtre, mais dont l'examen nous est indispensable, car la réponse à notre question dépend de la façon la plus étroite de la solution même de cette difficulté. Nous voulons parler du caractère de la nullité qui atteint les actes visés par l'article 503. Ce caractère ne peut se comprendre et se justifier qu'en faisant de la notoriété un instrument de publicité.

Au premier abord, la difficulté se laisse malaisément deviner. La nullité édictée par l'article 503 ne peut être, semble-t-il, qu'une nullité absolue. L'interdit, en effet, ne devient incapable qu'au jour du jugement prononçant l'interdiction; il n'y a donc pas incapacité. Il n'y a pas davantage vice du consentement. Comment alors admettre une nullité relative? La nullité absolue, au contraire, se comprend fort bien car, peut-on dire, il y a eu absence de consentement de la part du futur interdit. Cette interprétation serait cependant erronée. L'absence de consentement peut sans doute être invoquée par l'interdit ou ses représentants et ayants cause, mais une seule preuve est alors exigée, savoir, qu'au moment précis de la passation des actes antérieurs à l'interdiction, l'interdit était privé de l'usage de ses facultés intellectuelles (1). La double preuve de l'article 503 n'est nullement nécessaire. Cet article ne reçoit donc application que dans le cas où l'absence de consentement est impossible à fournir, et, par suite, la nullité qu'il édicte ne peut de toute évidence reposer sur elle. D'ailleurs l'absence de consentement conduit à une nullité absolue et tout le

(1) Aubry et Rau, 5e édit., tom I, p. 809.

monde reconnaît que la nullité de l'article 503 est une nullité relative. Comment alors la justifier puisque nous ne nous trouvons ni en présence d'une incapacité, ni en présence d'un vice du consentement?

On a souvent mis en avant une explication qui nous paraît peu exacte. Le jugement prononçant l'interdiction, a-t-on dit, fait remonter l'incapacité qu'il édicte au jour de la passation de l'acte, lorsque la double condition exigée par l'article 503 se trouve réalisée. Mais s'il en était ainsi, on ne comprendrait guère le large pouvoir d'appréciation laissé au juge du fait, qui peut refuser d'annuler l'acte, s'il est établi que le futur interdit a agi dans un intervalle lucide. C'est en effet un des traits essentiels de la nullité résultant du jugement d'interdiction que d'être obligatoire pour le juge, quel que soit l'état de l'interdit au moment de l'acte. De plus, comme le remarque très justement M. Planiol, l'article 503 peut être invoqué « par ceux qui ont simplement demandé l'interdiction de leur parent, sans avoir eu le temps d'arriver au jugement; il ne peut être question en pareil cas d'attribuer un effet rétroactif à un jugement qui n'a jamais été rendu » (1). En réalité l'explication véritable est légèrement différente. L'interdit, avant le jugement d'interdiction n'est pas incapable au sens de l'article 502; mais le législateur a établi à son encontre une sorte de suspicion générale atteignant tous ses actes. Du moment où l'on aura établi qu'à l'époque où l'aliéné a contracté, il se trouvait dans un état habituel de folie, la nullité s'ensuivra, à moins qu'on n'apporte la preuve d'un intervalle lucide. Mais comme cette suspicion générale est très dangereuse pour les tiers, on veut qu'ils soient avertis par une publicité. C'est là précisément le rôle de la notoriété. Sans doute c'est une publicité imprécise et toute de fait; c'est néanmoins une publicité. Le Code a édicté à l'encontre du futur interdit une sorte d'incapacité, différente de celle résultant du jugement d'interdiction; il fallait la rendre publique pour

(1) Planiol, *Traité de droit civil*, 5e édition, tome I, p. 653, note 1.

pouvoir l'opposer aux tiers. C'est le droit commun en matière d'incapacité. Nous devons, d'ailleurs remarquer, pour rendre plus probante notre démonstration, qu'une situation tout à fait identique à la nôtre résulte de l'internement. L'aliéné interné n'est pas atteint de l'incapacité qui frappe l'aliéné interdit. Il existe seulement à son encontre une suspicion générale de ses actes ; mais tandis que dans l'hypothèse de l'article 503 c'est la notoriété qui révèle aux tiers l'incapacité du futur interdit, ici c'est le fait même de l'internement qui leur révèle l'incapacité de l'interné. La construction juridique est identique. En dernière analyse, l'interdit, le futur interdit et l'interné sont au même titre des incapables, quoique dans une mesure variable, et leurs incapacités sont rendues publiques par la publicité du jugement d'interdiction, la notoriété ou l'internement.

Nous avons maintenant une raison décisive. Le caractère relatif de la nullité résultant de l'article 503 implique nécessairement que la notoriété est un instrument de publicité.

Nous pourrions, en conséquence, nous arrêter là ; mais nous voulons plus de certitude. Si notre raisonnement est exact, et si, pour les raisons indiquées, la notoriété se ramène à une mesure de publicité, les décisions jurisprudentielles, quelles qu'elles soient, touchant l'application de l'article 503 doivent s'accorder avec cette conception. Elles doivent par contre s'opposer à la conception qui verrait dans la notoriété un instrument de preuve. Précisément c'est ce qui a lieu, et nous en pouvons donner deux exemples particulièrement frappants.

Supposons un instant que la notoriété soit, dans notre hypothèse un instrument de preuve. Que prouverait-elle ? Evidemment pas l'état de folie, puisque celui-ci est déjà établi de façon directe. Elle ne pourrait prouver que la connaissance par le tiers de l'état de folie dans lequel se trouvait son cocontractant. Elle serait alors une présomption de mauvaise foi. Voilà la seule forme sous laquelle on peut défendre l'idée que la notoriété est un moyen de preuve. Or sous cette forme

elle se heurte directement aux arrêts. Elle devrait en effet conduire à permettre aux tiers d'opposer l'exception de bonne foi, et d'autre part la preuve de la mauvaise foi du contractant devrait tenir lieu de notoriété. Les tribunaux ont rejeté l'une et l'autre de ces deux conséquences. Si certains auteurs paraissent disposés à admettre l'exception de bonne foi (1), la jurisprudence n'a pas hésité à la repousser. Lorsque la notoriété est établie, l'acte est annulé même au regard des parties ou des tiers qui ont ignoré l'état de démence (2). Quant à la possibilité de remplacer la preuve de la notoriété par celle de la mauvaise foi du contractant, personne n'a jamais songé à l'admettre. La notoriété reste, en dernière analyse, indépendante de toute question de bonne ou de mauvaise foi. Et vraiment cela se conçoit parfaitement, si on la considère comme un instrument de publicité. Le Code nous donne en effet comme une règle générale cette indépendance de l'instrument de publicité par rapport à la bonne ou à la mauvaise foi des tiers. « Le défaut de transcription, nous dit l'article 1071, ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celles de la transcription ». La mauvaise foi ne peut remplacer la transcription. On comprend, d'ailleurs, parfaitement la raison d'une telle indépendance. Une mesure de publicité est destinée à avertir le public d'un fait ou d'un état. Elle manquerait complètement son but si la connaissance personnelle et individuelle du tiers contractant pouvait la remplacer. Le public

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(2) Rennes, 16 nov. 1813. *S. chr.* ; Cass., 19 février 1861, S. 62. 1. 504 ; Grenoble, 30 juin 1847, D. 48. 2. 150. Ce dernier arrêt est très net. Il a prononcé la nullité d'un billet à ordre souscrit par un individu en état de démence notoire à l'égard de tiers porteurs de bonne foi. Il existe toutefois un arrêt en apparence dissident ; Lyon, 18 nov. 1898, S. 99. 2. 172. Cet arrêt décide qu'il faut pour l'application de l'article 503 que les causes de l'interdiction soient notoires et aient été connues du tiers qui a traité avec la personne interdite. En réalité l'arrêt a paru considérer dans l'espèce que la connaissance de l'état de folie par la personne qui a traité avec le futur interdit constituait un élément de fait de la notoriété. Quoiqu'il en soit, cet arrêt s'explique par l'influence des règles admises en matière de conseil judiciaire sur l'interdiction. Nous le constaterons bientôt.

serait réduit à sa seule personne, alors qu'on a voulu aussi et surtout protéger ceux qui traiteront en contemplation de l'acte initial.

Nous trouvons une seconde confirmation de notre conception dans un rapprochement entre l'interdiction et le conseil judiciaire. On admet très généralement que l'article 503 est inapplicable aux prodigues et aux faibles d'esprit (1). La nomination du conseil judiciaire ne peut avoir aucun effet sur les actes passés antérieurement. On sait, cependant, que la jurisprudence, qui a en fait rapproché singulièrement l'institution du conseil judiciaire de l'interdiction, a créé une sorte de période suspecte concernant les actes passés par le faible d'esprit ou par le prodigue antérieurement à la nomination de leur conseil. Ces actes pourront être annulés, lorsqu'ils auront eu pour but de faire fraude à la loi, en éludant à l'avance les conséquences de la nomination du conseil (2). Et cette fraude résultera du fait que le tiers, qui a contracté avec le prodigue ou le faible d'esprit, connaissait son état et connaissait aussi les mesures qui allaient être prises à son encontre. Bref, la fraude résultera de sa mauvaise foi. Mais la jurisprudence s'est bien gardée de transporter ici la condition de notoriété exigée par l'article 503. Elle ne demande pas la preuve de la notoriété de l'état de prodigalité ou de faiblesse d'esprit, et cette différence qu'elle établit ainsi entre l'interdiction et le conseil judiciaire est bien significative, si l'on veut se rappeler tous les efforts qu'elle fait pour rapprocher les deux institutions. Une telle différence est la condamnation directe du caractère de preuve attaché à la notoriété. Si vraiment la notoriété est une présomption de mauvaise foi, pourquoi l'écarter dans une hypothèse, où il s'agit précisément

(1) Bordeaux, 29 déc. 1884, sous Cass., D. 86. 1. 244 ; Req., 15 déc. 1879, S. 80. 1. 130 ; Paris, 9 fév. 1874, D. 75. 2. 160.

(2) Req., 15 déc. 1879, précité ; Req., 30 juin 1869, D. 69. 1. 230 ; Req., 14 juillet 1875, D. 76. 1. 202 ; Paris, 29 déc. 1877, D. 78. 2. 160 ; Paris, 5 av. 1877, D. 88 2. 220; Req., 25 juin 1888, D. 89. 1. 59 ; Req , 26 juin 1888, D. 89. 1. 301 ; Req., 5 nov. 1889, D. 90. 1. 379 ; Paris, 7 mars 1895, D. 95. 2. 425 ; Req., 21 av. 1898, D. 98. 1. 413.

d'établir la mauvaise foi ? Pour nous, au contraire, la différence établie par les arrêts se comprend fort bien. La notoriété est intimement liée à l'incapacité du futur interdit ; elle en réalise la publicité. On ne pourrait dès lors l'étendre au prodigue et au faible d'esprit que s'il était possible de parler pour eux d'incapacité avant la nomination de leur conseil. Or, sur ce point le doute n'est pas possible. La jurisprudence annule leurs actes antérieurs à la dation du conseil sur le fondement de la fraude à la loi et non sur le fondement d'une incapacité. Et ainsi, de même que nous n'avons pu expliquer l'indépendance de la notoriété par rapport à la bonne ou à la mauvaise foi du contractant qu'en la considérant comme un instrument de publicité, de même ici nous ne pouvons justifier sa limitation à l'interdiction qu'en faisant appel à la même idée.

Il est maintenant bien certain que la notoriété dans l'hypothèse prévue par l'article 503 ne joue pas comme moyen de preuve ; par suite nous ne pouvons voir en elle une application de la preuve par commune renommée.

II. — Autres applications de la notoriété

Ces applications sont contenues dans les articles 444, 1994 du Code civil et dans l'article 1 par. 6 de la loi du 24 juillet 1889. Le premier de ces articles est ainsi conçu : « sont aussi exclus de la tutelle et même destituables, s'ils sont en exercice : 1° les gens d'une inconduite notoire ». Le second porte que « le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable ». Enfin le § 6 de l'article 1er de la loi du 24 juillet 1889 déclare déchus de la puissance paternelle « les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de

mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ».

Dans toutes ces hypothèses, sur lesquelles d'ailleurs nous ne trouvons aucun document intéressant de jurisprudence, la notoriété n'agit pas à titre de preuve. Elle est une qualité attachée aux faits d'inconduite ou d'insolvabilité. Ces faits doivent être entourés d'une certaine publicité pour engendrer des effets de droit qu'ils ne produiraient pas, si cette publicité n'existait pas. La notoriété, dans ces hypothèses, comme dans celle prévue par l'article 503, sert d'instrument de publicité.

CHAPITRE III

Acte de notoriété

Il semble qu'ici nous ne puissions échapper à l'emprise de la commune renommée à cause même de nos raisonnements antérieurs. Si nous avons pu, en effet, rejeter la notoriété du rang des applications de la preuve par commune renommée, c'est en établissant qu'elle n'agissait à titre de preuve dans aucune des hypothèses où elle est admise. Or précisément le caractère essentiel, indiscutable de l'acte de notoriété c'est d'être un intrument de preuve. La conclusion semble dès lors inévitable. Et cependant ici encore nous croyons pouvoir y échapper.

Toute la difficulté du problème provient de ce que l'acte de notoriété n'a pas reçu de la loi des caractères précis qui puissent nous renseigner exactement sur sa nature. C'est la pratique qui peu à peu a donné à cette institution une physionomie originale, en l'employant d'ailleurs à des hypothèses dont le nombre et la diversité ne font que s'accroître. En outre son fonctionnement n'a pas soulevé en fait de graves difficultés, en sorte que la jurisprudence se montre à son encontre assez pauvre de documents. Malgré tout, nous possédons des éléments en nombre suffisant pour décider si l'acte de notoriété, en tant que moyen de preuve, se ramène à la commune renommée, ou si, au contraire, il ne doit pas être considéré comme un témoignage proprement dit. C'est, en effet, sous cette dernière forme que doit se poser le problème que nous avons à résoudre.

On sait, d'après la définition courante qu'on en donne, ce qu'est un acte de notoriété. C'est un acte passé devant un officier public, notaire ou juge de paix, et par lequel, sur la déclaration de témoins notables, on constate un fait notoire ou on supplée à un acte écrit qu'on est dans l'impossibilité de se procurer. La loi a prévu, pour deux hypothèses bien déterminées, l'emploi d'un acte de notoriété. Lorsque l'un des futurs époux ne pourra se procurer son acte de naissance, un acte de notoriété dressé par le juge de paix du lieu de sa naissance ou par celui de son domicile en tiendra lieu, (art. 70 Code civil). De même un acte de notoriété pourra prouver l'absence d'un ascendant dont le consentement est nécessaire pour la célébration du mariage (art. 155 Code civil). Mais la pratique du XIXe siècle a multiplié les cas d'emploi de l'acte de notoriété, et les lois récentes facilitent encore cette extension [Loi du 9 avril 1881, art. 20 et 21, loi du 9 avril 1898 et loi du 13 juillet 1907]. Aujourd'hui l'acte de notoriété est devenu un véritable passe-partout juridique. On connaît les situations dans lesquelles il présente, en pratique, le plus d'utilité. C'est lorsqu'il s'agit, à défaut d'inventaire, de constater le nombre et la qualité des héritiers d'une succession, ou de constater qu'une personne n'a pas laissé d'héritier à réserve. Il nous suffit de les indiquer. Nous n'avons pas à dresser une liste complète des applications de l'acte de notoriété, et pas davantage à déterminer la compétence réciproque du notaire et du juge de paix (1).

Reprenons maintenant la seule question qui doit nous retenir. Sommes-nous en présence d'un témoignage proprement dit ou d'un témoignage de commune renommée ? On devrait, semble-t-il, ne pas hésiter à répondre. Le mot lui-même est significatif : acte de notoriété. C'est la notoriété qui prouve le fait qu'il importe d'établir. Or, la notoriété agissant comme

(1) Sur l'acte de notoriété en général, v. Roger, thèse Paris, 1910, Rolland de Villargues, *Répertoire de Notariat*, v° Acte de notoriété ; Amiaud, *Formulaire du Notariat*, *eod. verbo* ; Pabon, *Traité théorique et pratique des juges de paix*, *Répertoires généraux de droit*.

preuve se ramène nécessairement à la commune renommée. En réalité, ici comme d'ailleurs pour d'autres institutions, la terminologie trahit complètement le fond des choses. Les règles générales admises par tout le monde en matière d'acte de notoriété et les quelques solutions jurisprudentielles rendues à son sujet, impliquent nécessairement cette idée que dans l'acte de notoriété, ce qui prouve, c'est non pas la notoriété, c'est-à-dire l'opinion publique, mais la connaissance par les témoins qui déposent du fait à établir. Bref, l'acte de notoriété n'est qu'un témoignage collectif, une sorte d'enquête menée rapidement en présence non de juges, mais d'officiers publics, et différant seulement par la forme des enquêtes ordinaires. Nous allons éprouver cette idée en étudiant deux points particulièrement importants de la théorie de l'acte de notoriété : le rôle précis des témoins dont les déclarations sont enregistrées, et les effets que l'acte est susceptible de produire.

I. — Pour qu'il y ait acte de notoriété, il faut deux ou plusieurs témoins, suivant les hypothèses, et un officier public, notaire ou juge de paix. Si le rôle de l'officier public se définit facilement, il n'en va pas de même de celui des témoins. Sur quoi doivent porter leurs déclarations ?

La Cour de cassation paraît avoir répondu à cette question dans un arrêt du 9 juillet 1873 (1). Voici l'espèce qui lui était soumise : un individu, devant faire la preuve du décès d'un de ses parents survenu au Mexique, avait produit plusieurs actes de notoriété émanant d'officiers publics mexicains. Sa prétention fut rejetée par ce motif que des registres de l'état civil étant tenus au Mexique, la preuve du décès ne pouvait être rapportée qu'au moyen d'actes de l'état civil. Mais l'arrêt d'appel contient un considérant, reproduit du reste par la Cour suprême, et qui nous intéresse au plus haut degré : « Considérant, dit-elle, que les actes produits ne sont nullement des actes de l'état civil, auxquels les tribunaux sont tenus d'ajou-

(1) S. 1873. 1. 405.

ter foi, qu'ils ne sont que des actes de notoriété ou plutôt des certificats d'une notoriété publique, sans attestation personnelle du fonctionnaire, ni mention de l'audition d'aucun témoin précis qui affirme le fait allégué, et qu'il y aurait la plus grande imprudence à déclarer judiciairement le décès d'un individu sur une présomption aussi vague que celle qui résulterait d'une notoriété publique ». La pensée de la Cour est bien claire. Même si le demandeur avait établi en fait l'inexistence au Mexique des registres de l'état civil, la Cour aurait repoussé les prétendus actes de notoriété qu'on lui présentait, parce qu'ils ne contenaient « aucune attestation personnelle du rédacteur, ni mention de l'audition d'aucun témoin précis qui affirme le fait allégué ». Or, nous le verrons par la suite, la jurisprudence admet, lorsque se trouvent remplies les conditions de l'article 46 du Code civ., c'est-à-dire au cas d'inexistence ou de perte des registres, que l'acte de notoriété est suffisant à l'effet d'établir la naissance, le mariage ou le décès. Si donc la Cour déclare que les actes de notoriété produits devant elle n'auraient eu aucune force probante, même en admettant l'inexistence des registres, c'est que pour elle ces actes de notoriété ne constituaient pas de véritables actes de notoriété. Ce qui revient à dire que, pour qu'il y ait acte de notoriété, il faut la réunion des deux conditions indiquées par la Cour : attestation personnelle du fonctionnaire et affirmation par les témoins du fait allégué. La première de ces conditions ne nous intéresse pas directement (1) et nous

(1) Nous croyons d'ailleurs cette exigence exagérée, et il ne faudrait pas prendre à la lettre l'expression employée par l'arrêt. On ne voit pas en effet en quoi pourrait consister dans l'acte de notoriété l'attestation personnelle du fonctionnaire, puisque le juge de paix ou le notaire n'ont la plupart du temps aucune connaissance du fait sur lequel les témoins viennent déposer. Il est du reste certain qu'elle n'est pas nécessaire. Cela résulte d'une jurisprudence qui déclare que les notaires ne sont pas responsables d'une fausse ou inexacte attestation donnée par les témoins; J. Seine, 2 mars 1837 et 10 février 1842 rapportés par Amiaud, I, p. 123, note 3 ; Cass., 9 août 1843, D. 43. 1. 458; Bordeaux, 6 février 1865, *Revue notar.*, n° 1429. S'ils devaient avoir connaissance personnelle des faits qu'il s'agit de constater, ils pourraient vérifier si les témoins sont sincères et alors, au cas d'attestation inexacte, leur responsabilité serait encourue, ce qui précisément n'a pas lieu. Cela résulte aussi de ce que les juges de paix ne peu-

la laissons de côté pour nous attacher seulement à la seconde. Les témoins de l'acte de notoriété doivent, d'après la Cour, avoir connaissance personnelle du fait qu'il s'agit de constater. Ce sont de véritables témoins.

Ecartons, tout d'abord, certaines objections qui ne sont probantes qu'à l'apparence. Singuliers témoins, pourrait-on nous dire, que ceux que vous nous présentez ! Ils n'ont pas à remplir les conditions exigées de tout témoin, et lorsqu'ils mentent sciemment on ne peut les punir de faux témoignage ! Il est vrai, en effet, que les témoins de l'acte de notoriété n'ont pas à remplir les conditions exigées par la loi pour les témoins instrumentaires (1). Mais tout le monde s'accorde à reconnaître qu'ils sont soumis aux dispositions du Code de procédure civile sur les témoins aux enquêtes, et cela nous suffit. Plus grave paraît l'argument tiré de ce que les témoins d'un acte de notoriété ne peuvent jamais être incriminés de faux témoignage (2). En réalité, il ne porte pas. Aux termes de l'article 363 du Code pénal, en effet, on ne peut considérer comme faux témoins en matière civile, que les individus appelés judiciairement par la partie pour déclarer et attester sous la foi du serment les faits qu'elle a intérêt à voir établir. Le faux témoignage suppose donc une instance liée devant un magistrat agissant dans l'ordre de ses attributions judiciaires (3). L'article 363 ne frappe que les faux témoignages faits en justice. Mais il n'en résulte pas du tout que seuls les témoins judiciaires soient de véritables témoins. Au reste, il ne faut pas qu'il y ait de méprise. Si les témoins de l'acte de notoriété échappent aux peines du faux témoignage, ils n'échappent

vent refuser de dresser un acte de notoriété sur n'importe quel point qui leur est demandé, Pabon, *loc. cit.*, n° 3056.

Ce n'est pas à dire que l'officier public ait simplement à recevoir les dépositions des témoins. Il doit s'assurer que ceux-ci remplissent les conditions que la suite du texte détermine et à ce titre sa responsabilité pourrait être mise en jeu.

(1) Rolland de Villargues, n° 7.

(2) Mais la fabrication ou l'altération d'un faux acte de notoriété constituent un faux en écriture authentique, Garçon, *Code pénal annoté*, article 145, n° 485.

(3) Cass., 18 avril 1878, S. 79. 1. 391.

pas à toute responsabilité. L'article 1382 du Code civil sanctionne leur mauvaise foi, et il a été jugé que les personnes qui attestent dans un acte de notoriété des faits qu'elles ne connaissent point, ou sciemment des faits inexacts, commettent un délit et doivent réparation du préjudice causé (1). Qu'est-ce à dire, sinon que les témoins doivent connaître les faits sur lesquels ils déposent, puisqu'ils ne peuvent attester des faits qu'ils ne connaissent point ou qu'ils savent inexacts, et savoir qu'un fait est inexact, c'est encore en un certain sens en avoir une connaissance personnelle. Le témoin doit donc connaître personnellement le fait sur lequel il dépose. C'est du reste ce qui ressort très clairement de tous les formulaires dressés à l'usage des juges de paix ou des notaires. Voici, par exemple, ce que dit un de ces formulaires les plus réputés (2) : « La valeur et les effets de l'acte de notoriété dépendant toujours beaucoup de la sincérité et de l'exactitude des déclarations des témoins, il est nécessaire que ces témoins soient dignes de foi et jouissent d'une honorabilité certaine ; leur témoignage en a plus d'autorité ; ils doivent, autant que possible, habiter ou avoir habité le lieu où le fait s'est passé et ne pas avoir eux-mêmes d'intérêt à la preuve des faits attestés. Si les événements sont anciens, le notaire fera bien d'exiger que les témoins aient été contemporains des faits attestés et il indiquera leur âge ; enfin pour couvrir sa responsabilité, il devra toujours s'assurer, par des questions préalables et par tous les moyens en son pouvoir, que les témoins ont pleine et entière connaissance des choses et de la notoriété qu'ils affirment » (3).

Les notaires mettent d'ailleurs toujours en tête de l'acte qu'ils dressent : « Et ils ont attesté comme étant de notoriété publique et particulièrement à leur connaissance personnelle ».

(1) Nancy, 20 mars 1841, S. 41. 2. 325 ; Cf. Liège, 22 janvier 1878, *Revue pratique not. belge*, 1879, p. 119.

(2) Amiaud, précité, éd. 1894, t. I, p. 123, n° 13.

(3) La même idée est clairement exprimée dans les *Pandectes françaises* au mot Acte de notoriété, n° 28.

Au surplus, il suffit d'examiner même superficiellement les hypothèses dans lesquelles intervient l'acte de notoriété pour s'assurer qu'il est impossible, au moins pour certaines d'entre elles, de parler de notoriété. Tels ces actes de notoriété où les témoins affirment que la personne dont les noms sont à rectifier est propriétaire de tel ou tel titre (1). Dira-t-on que la possession d'un titre est un fait soumis à la notoriété? La jurisprudence nous offre de cette même idée un exemple récent et curieux. La Chambre civile, dans un arrêt du 8 mars 1904 (2), a décidé que des héritiers collatéraux au cinquième degré, demandant à être mis en possession d'une succession, fournissent une justification suffisante de leur parenté avec le défunt en produisant un acte de notoriété contenant un tableau généalogique dressé à l'aide de dix-huit expéditions d'actes de l'état civil précisés et énumérés établissant leur degré de parenté avec le *de cujus*. La notoriété s'évanouit ici complètement. Il n'y a même pas de témoignage : c'est une simple preuve par titre. Nous sommes aussi loin que possible de la commune renommée.

Nous arrêtons là nos développements en donnant comme dernière illustration un jugement du tribunal civil de Langres du 9 mars 1906 (3). Il s'agissait d'un absent qui réclamait la restitution de ses biens. Il devait avant tout justifier de son identité ; mais pour éviter une comparution personnelle à laquelle l'éloignement et les frais empêchaient le demandeur de se rendre, le tribunal décide qu'il devra par-devant notaires ou officiers publics en tenant lieu dans le pays où il réside et selon les formes légales usitées dans ce pays, faire dresser un ou plusieurs actes de notoriété dans lesquels les témoins certifieront connaître le comparant comme étant bien la personne qui a été déclarée absente en France et ayant toujours porté le nom de cette personne. Il est impossible d'être plus net. Le témoin de l'acte de notoriété doit avoir connaissance per-

(1) Nous faisons allusion à l'hypothèse de la loi du 28 floréal, an VII.
(2) D. 1904. 1. 247.
(3) D. 1906. 5. 49.

sonnelle du fait sur lequel il dépose. C'est un témoin ordinaire et non pas un témoin de commune renommée. Une conclusion identique va se dégager de l'étude des effets de l'acte de notoriété que nous allons brièvement rappeler.

II. — Nous ne voulons, certes, pas épuiser les effets de l'acte de notoriété. Qu'il nous suffise de dire que sa valeur probatoire varie suivant les hypothèses et qu'il n'a rigoureusement force d'une preuve légale que dans les cas où il est prescrit par les articles 70 et 155 du Code civil. Ajoutons seulement que le développement pratique continu de l'acte de notoriété suffirait à nous faire douter de son assimilation avec la commune renommée qui est emprisonnée par la loi et la jurisprudence dans les limites extrêmement étroites. Ceci dit, nous voulons simplement mettre en lumière un effet particulier attaché par la jurisprudence à l'acte de notoriété, car il est par lui-même tout à fait significatif. Nous l'avons, d'ailleurs, précédemment indiqué. Lorsque les conditions prescrites par l'article 46 du Code civil se trouvent réalisées, c'est-à-dire au cas d'inexistence ou de perte des registres de l'état civil, la jurisprudence admet que l'acte de notoriété suffit à faire preuve de la naissance, du mariage ou du décès (1). Sur quelle idée repose cette jurisprudence ? Aux termes de l'article 46 il est déclaré, qu'au cas d'inexistence ou de perte de registres, la preuve des mariages, naissances et décès pourra se faire tant par les registres et papiers émanés des père et mère que par témoins, et on entend, en général, ces termes strictement. On repousse notamment la preuve tirée de la possession d'état d'époux à fin d'établir le mariage (2). Et, en effet, admettre la possession d'état à titre de preuve, c'était admettre la commune renommée. Si donc les arrêts considèrent comme suffisant l'acte de notoriété, c'est qu'ils l'ont auparavant assimilé

(1) Cela résulte implicitement de l'arrêt de Cass. du 9 juillet 1873 et explicitement d'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 26 mars 1878, S. 78. 2. 204, v. aussi Cass., 12 août 1828.

(2) Aubry et Rau, 4e édit. V. § 452 *bis*, p. 18, n° 16. On peut rapprocher l'arrêt de la Cour d'Aix du 6 mai 1885 sous Cass., 8 juillet 1886, S. 87. 1. 449.

au témoignage, c'est qu'ils ont admis une différence de droit entre lui et la commune renommée. Les termes de l'arrêt de Bordeaux du 26 mars 1878 ne laissent, d'ailleurs, aucun doute à ce sujet : « Attendu, dit-il, que (le demandeur) n'offre pas de prouver et n'allègue même pas qu'il n'ait point été tenu de registres de l'état civil dans ladite ville, ou que ces registres aient été perdus ; que, dès lors, l'acte de notoriété qu'il présente n'est en définitive qu'un *témoignage*, et ne saurait établir le décès de Charlot ». L'acte de notoriété est un témoignage, telle est bien la formule exacte. Sans doute, nous ne nions pas toute influence à la notoriété. Ce serait peut-être excessif. Mais à tout le moins doit-on lui reconnaître un rôle très effacé ; dans la majorité des cas, elle est, en fait ,absente. Ce qui prouve, dans l'acte de notoriété, c'est l'affirmation des témoins, c'est le témoignage. L'acte de notoriété n'est qu'un ensemble de témoignages recueillis non par la voie ordinaire de l'enquête, mais en considération de certaines situations favorables, qui se multiplient du reste sans cesse, par un notaire ou un juge de paix de façon plus rapide et moins coûteuse. Telle est la formule à laquelle nous aboutissons. Elle est à l'opposé de celle à laquelle on arriverait si on devait voir dans l'acte de notoriété une application pure et simple de la preuve par commune renommée.

Nous avons ainsi achevé l'étude des trois institutions qui semblaient devoir être assimilées juridiquement à la commune renommée. Nous aboutissons à une conclusion entièrement négative. La possession d'état et la notoriété ne peuvent être ramenées à la commune renommée, parce qu'il est impossible de voir en elles des instruments de preuve, l'acte de notoriété parce qu'il est une preuve testimoniale. Cependant toutes ces institutions, possession d'état, notoriété, commune renommée ne sont que des manifestations d'un même phénomène général : l'influence de l'opinion publique sur le droit. Mais cette influence peut se faire sentir sur la preuve ou sur le fond du

droit. C'est seulement en tant qu'elle agit sur la preuve qu'il est permis de parler de commune renommée, et en dernière analyse, seuls les articles 1415, 1504 et 1442 en renferment des applications certaines.

DEUXIÈME PARTIE

DÉFINITION DE LA PREUVE PAR COMMUNE RENOMMÉE (1)

Avec le chapitre précédent nous avons achevé la détermination des applications certaines de la preuve par commune renommée. Nous devons maintenant, jetant un regard en arrière, résumer les constatations essentielles auxquelles nous sommes parvenus. Ces constatations paraissent se ramener à deux. La première réside dans la limite extrêmement étroite assignée en droit français à la preuve par commune renommée. Celle-ci peut être invoquée par la femme qui veut, à la dissolution de la communauté et en l'absence d'inventaire, reconstituer son patrimoine propre à l'encontre du patrimoine commun. Elle peut aussi être invoquée par les héritiers de l'époux prédécédé pour reconstituer le patrimoine commun lorsque l'époux survivant n'en a pas fixé la consistance par inventaire. A ces deux cas bien précis se limite son application. Mais si la preuve par commune renommée a ainsi un champ d'application extrêmement réduit, en revanche ses effets sont ils singulièrement énergiques, et c'est là notre seconde constatation. La commune renommée, dans les hypothèses où elle est admise, agit beaucoup moins à titre de preuve qu'à titre de sanction. Elle punit l'époux qui manquant à l'obligation légale qui pesait sur lui de faire inventaire a

(1) Pour toute cette partie nous nous sommes très largement inspiré du cours de M. Bartin, sur les preuves (1907-1910).

causé à son conjoint un préjudice tout spécial que seul la commune renommée pouvait réparer exactement, au moins en théorie. La peine s'est trouvée adéquate au préjudice.

Au fond les deux constatations auxquelles nous aboutissons peuvent se ramener à l'unité, car il est d'évidence que c'est à raison du caractère très spécial qu'elle présente que cette preuve voit son domaine restreint par la loi et par la jurisprudence. Et en définitive seul ce caractère reste irréductible. Seul il a besoin d'être précisé et expliqué. En quoi et comment la preuve par commune renommée constitue-t-elle une sanction ?

La réponse paraît fort simple et depuis longtemps formulée. Déjà nos vieux auteurs insistaient sur les dangers tout particuliers que la commune renommée présente à l'encontre de ceux à qui elle est opposée. « Ouïr dire va par ville, disait Loysel, et en un muid de cuider n'y a point plein poing de savoir » (1). Et depuis on répète que la preuve par commune renommée est la plus vague et la plus dangereuse de toutes les preuves, car elle repose sur des on-dit et sur des bruits qui, la plupart du temps, n'ont aucun fondement. L'opinion publique amplifie et dénature les faits. L'idée a prêté à de nombreux et faciles développements. Il convient, toutefois, de ne pas l'exagérer, en attribuant au témoignage de commune renommée le monopole des erreurs. Le témoignage ordinaire, en effet, n'en est pas lui non plus à l'abri. Les méthodes expérimentales appliquées récemment à l'étude du témoignage ont permis de se rendre compte que l'erreur en était un élément constant, même lorsque le témoin est sincère, même lorsqu'il dépose sous serment (2). Malgré tout, il demeure incontestable

(1) Loysel, *Instit. Coutum.*, liv. V, titre V, règle 2.

(2) En moyenne le dixième des dépositions données sous serment est faux.

Dupré, *Revue des deux Mondes*, 1910, p. 341 et sq.

Binet, *La suggestibilité*, chapitre VI, *L'interrogatoire*, Paris, Schleicher, 1900.

Binet, La science du témoignage, *Année psycholoj.*, 1904, p. 128.

Börst, Recherches expérimentales sur l'éducabilité et la fidélité du témoignage, *Archives de Psycholojie*, III, 233, 1904.

Börst et Claparède, La fidélité et l'éducabilité du témoignage, *Archives des sciences physiques et naturelles*, 7 avril 1904.

que le témoignage de commune renommée est infiniment plus sujet à erreurs et partant plus dangereux que le témoignage ordinaire. Il serait puéril de le nier. Mais cette idée est par elle même beaucoup trop vague et trop imprécise pour que nous puissions nous y arrêter définitivement. Nous devons analyser de plus près la preuve par commune renommée afin d'en donner une définition juridique ; et c'est seulement lorsque nous en aurons dégagé les traits spécifiques que nous pourrons préciser l'idée de sanction qui est à sa base.

I

On considère le plus généralement la preuve par commune renommée comme un procédé de preuve de nature spéciale. Si on ne va pas jusqu'à la placer sur le même rang que la preuve écrite ou que la preuve testimoniale, à tout le moins voit-on volontiers en elle une variété du témoignage. « Au fond, dit M. Bonnier, cette preuve n'est qu'une variété de la preuve par témoins » (1) et MM. Aubry et Rau écrivent : « une espèce particulière de preuve testimoniale est la preuve par commune renommée » (2). Celle-ci, d'après ces auteurs serait en quelque sorte un succédané de celle-là, mais elle ne s'absorberait point en elle. En tant que procédé de preuve, la preuve par commune renommée demeurerait distincte et originale.

Cette conception nous paraît complètement erronée. Qu'on nous pardonne, d'ailleurs, le vague et l'imprécision avec lesquels nous la présentons ; ses auteurs n'ont pas cru devoir l'éclairer davantage. Au reste, elle se précisera par opposition à celle que nous allons défendre.

Pour nous, la preuve par commune renommée ne constitue pas un procédé de preuve original. En tant que procédé de

Larguier des Bancels, Psychologie judiciaire. *Année psychol.*, 1905, p. 157. Ce dernier article ainsi que le premier cité indiquent les résultats précis auxquels on est parvenu aujourd'hui.

(1) *Traité des preuves*, Ed. Larnaude, p. 223.

(2) Tome VIII, § 761, p. 298.

preuve, elle se confond avec la preuve testimoniale. Elle n'est pas une variété du témoignage ; elle est un témoignage proprement dit. Seulement le témoignage de commune renommée, et l'expression traduit bien maintenant notre pensée, au lieu de porter sur le fait dont la preuve est nécessaire au gain du procès, porte sur un fait n'ayant avec le premier qu'un lien très vague. Au lieu de porter sur la consistance des biens communs ou sur l'étendue des reprises de la femme, il porte sur l'opinion que se fait le milieu de cette étendue ou de cette consistance. Bref, c'est un témoignage qui réalise *un déplacement de preuve*. Là et là seulement réside toute son originalité.

Pour donner à cette idée essentielle toute sa portée, nous devons faire appel à une distinction fondamentale qui domine toute la théorie de la preuve en droit français et qui constitue le principe directeur de nos recherches actuelles. Nous voulons parler de la distinction entre les procédés de preuve et l'analyse logique de la preuve. Voici ce qu'il faut entendre par là.

D'une façon très générale, on peut dire qu'un droit est l'aboutissant d'une série de faits plus ou moins nombreux ; mais parmi ces faits il en est un dont la preuve suffira à la reconnaissance du droit. Supposons, entre autres exemples, qu'il s'agisse d'établir l'existence d'une obligation conventionnelle. Le fait, dont la preuve sera suffisante pour établir judiciairement l'existence de l'obligation, sera le fait extérieur qui aura mis fin à la période des pourparlers, et constaté l'échange des consentements. Ce fait devra être prouvé suivant les circonstances à l'aide d'un écrit ou d'un témoignage. Ecrit et témoignage nous apparaissent alors comme des procédés de preuve. Ce sont, au reste, croyons-nous, les deux seuls procédés de preuve connus par le droit français (1) Ceci posé, une double question se présente à nous dont on saisira aisément toute l'importance.

(1) Nous reviendrons plus loin sur cette idée fondamentale.

Faudra-t-il toujours, et dans tous les cas, établir le fait qui implique nécessairement l'existence du droit? Pour reprendre l'exemple précédent, faudra-t-il de toute nécessité prouver ce fait ultime qui est la manifestation sensible de l'accord des volontés, ou bien suffira-t-il d'apporter la preuve d'un fait antérieur? Et, en effet, avant ce fait ultime, il y en a eu beaucoup d'autres qui l'ont préparé et qui ont avec lui un rapport plus ou moins direct et plus ou moins étroit. Ce sont ceux qui se rattachent aux pourparlers. On peut alors se demander si en l'absence d'une preuve suffisante du fait ultime, ils ne pourraient pas établir l'existence de l'obligation. En un mot la preuve judiciaire doit-elle nécessairement porter sur le fait dernier qui rend certain le droit, ou bien peut elle porter, au moins en principe, sur les faits antérieurs et connexes, d'où ne résulte qu'une simple probabilité?

Voici maintenant une seconde question. Etant donné le fait sur lequel la preuve judiciaire devra porter, qu'il s'agisse du fait ultime ou d'un fait antérieur, faudra-t-il l'établir dans tous ses éléments? Il n'est pas douteux, en effet, qu'un fait, quel qu'il soit, puisse être décomposable en un certain nombre d'éléments. Pour continuer notre exemple, le fait qui aura mis fin aux pourparlers et constaté l'accord des volontés est facilement décomposable. L'une des parties, je suppose, a dit à l'autre « j'accepte » sous-entendu : ce que vous m'avez proposé. Le fait de l'acceptation se décompose ainsi en deux éléments : le fait même que le mot j'accepte a été prononcé ou écrit, et le fait qu'il s'appliquerait à tels pourparlers ou à telles propositions et non à tels autres pourparlers ou à telles autres propositions. Une question précise surgit alors. Faut-il que la preuve judiciaire porte sur la totalité des éléments du fait à établir ou suffit-il que l'un de ces éléments soit établi, la partie adverse ayant alors l'obligation, pour se défendre, de démontrer que les autres éléments du fait total sont absents?

Telles sont les deux questions fondamentales que soulève le problème de l'analyse logique de la preuve. Est-il possible d'admettre comme suffisante la preuve d'un fait voisin et con-

nexe du fait dont l'établissement est nécessaire au gain du procès? Est-il ensuite nécessaire, le fait à établir une fois déterminé, d'en prouver tous les éléments? En un mot peut-on admettre dans notre droit le déplacement de la preuve et la décomposition de la preuve?

Nous voudrions, en quelques mots, démontrer que la conception générale, qui se dégage des règles admises par notre droit en matière de preuves, implique nécessairement la possibilité du déplacement et de la décomposition de la preuve. Admettre, en effet, qu'on puisse porter la preuve d'un fait qui, s'il était établi, entraînerait incontestablement la reconnaissance du droit, sur un autre fait qui n'a avec le premier qu'un lien plus ou moins étroit, c'est admettre qu'on puisse substituer à la certitude judiciaire une simple probabilité. Déplacer la preuve, c'est supprimer la certitude. De même admettre comme suffisante la preuve de l'un des éléments du fait à établir, alors que normalement pour aboutir à la certitude il faudrait en prouver tous les éléments, c'est encore admettre qu'on puisse substituer à la certitude judiciaire une simple probabilité. Décomposer la preuve, c'est encore supprimer la certitude. Tout revient donc à se demander si, dans notre droit, le juge peut se contenter d'une simple probabilité. Nous trouvons la réponse dans le principe même de la neutralité du juge en matière civile. On en connaît la signification. Non seulement, comme en matière pénale, le juge civil ne peut faire état de la connaissance personnelle qu'il peut avoir des faits de la cause, mais de plus, il lui est rigoureusement interdit de rechercher lui-même les preuves ; il ne peut que se prononcer sur celles que les parties lui soumettent (1). Ce principe trouve sa justification dans l'idée que la preuve est intimement liée à la prétention des parties et que ces dernières sont incontestablement maîtresses de leurs prétentions. La conséquence la

(1) Cass., 23 août 1902, S. 1902. 1. 260 ; Cass., 31 déc. 1878, S. 79. 1. 463 ; Cass., 25 mai 1886, S, 89 1. 424 ; Cass., 20 nov. 1889, S. 90. 1. 7. Voir au reste tous les arrêts cités par André, *Neutralité du juge*, thèse Paris, 1910, p. 23 et sq.

plus nette qui en résulte est que toute notre procédure est dominée par cette idée fondamentale qu'en matière civile on ne peut pas, on ne doit pas arriver à la certitude judiciaire. On ne pourrait parler de certitude judiciaire que si le juge était souverain dans la recherche des preuves La liberté de sa recherche entraînerait alors la responsabilité de sa certitude. Mais du moment où l'initiative de la preuve lui est enlevée, et où les éléments de sa conviction dépendent des parties, il n'est plus possible de parler de certitude judiciaire, mais seulement de probabilité. Nous pouvons alors facilement conclure. Il ne sera pas nécessaire, pour que le juge puisse statuer, que tous les éléments du fait dont dépend la reconnaissance du droit soient établis devant lui. Il suffira que le demandeur fasse preuve de celui ou de ceux des éléments de ce fait qui impliquent probabilité de son droit. La possibilité de la décomposition de la preuve découle nécessairement du principe de la neutralité du juge. De même, si la conviction du juge peut s'établir sur la donnée insuffisante d'une preuve réduite, s'il peut se contenter de la preuve de certains éléments du fait allégué sans être contraint d'exiger la preuve de la totalité de ces éléments, cela revient à dire qu'il n'y a pas un rapport nécessaire et constant entre la reconnaissance judiciaire d'un droit et le fait auquel on rattache la reconnaissance de ce droit. Il peut y avoir un lien assez lâche entre la partie réduite du fait qu'il s'agit d'établir et le droit lui-même. Mais, alors, il faut aller plus loin et admettre comme suffisante la preuve d'un fait n'ayant aucun rapport juridique avec celui dont dépend la reconnaissance du droit, lorsque l'existence de l'un implique probabilité de l'existence de l'autre. Le déplacement de preuve est le corollaire logique de la décomposition de la preuve et trouve son fondement dans le même principe. Sans aucun doute ces deux institutions ont un champ d'application limité et on ne pourrait pas, sans de graves dangers, pousser à l'extrême soit le déplacement, soit la décomposition de la preuve. Mais cette question de limites ne nous intéresse pas, au moins pour l'instant ; il nous suffit

d'avoir indiqué l'existence et le fondement de ces deux institutions.

Nous pouvons préciser maintenant la différence que nous avons annoncée entre les procédés de preuve et l'analyse logique de la preuve. Les procédés de preuve sont destinés à constater l'existence du fait, quel qu'il soit, nécessaire pour entraîner le gain du procès. L'analyse logique de la preuve a pour but de déterminer quel doit être ce fait. Ce sont deux choses fort distinctes et qu'il importe essentiellement de ne pas confondre (1). Il n'y a même aucune corrélation entre les procédés de preuve et le déplacement et la décomposition. L'écrit comme le témoignage peut réaliser un déplacement de preuve ; l'écrit comme le témoignage peut réaliser une décomposition de la preuve.

Cette distinction fondamentale, sans laquelle il est impossible de comprendre la théorie des preuves, et dont la méconnaissance a donné lieu à de si graves confusions (2) jette une

(1) C'est, croyons-nous, pour ne pas avoir aperçu cette distinction que la signification véritable des différentes institutions de preuve consacrées par le Code n'a pas été bien nettement dégagée. Comme nous l'avons précédemment dit au texte, nous croyons qu'en tant que procédés de preuve toutes ces institutions se ramènent à la preuve écrite ou à la preuve testimoniale. Elles ne trouvent leur formule de différenciation que sur le terrain de l'analyse logique de la preuve. Nous le démontrons plus loin pour l'aveu et la formule que nous en dégageons doit être étendue au serment. Nous le démontrons aussi pour les présomptions et pour la preuve par commune renommée. Un mot nous suffira pour l'établir en ce qui concerne le commencement de preuve par écrit. Pour nous le commencement de preuve par écrit tout au moins celui qui répond à la définition de l'article 1347, ne diffère en rien, en tant que procédé de preuve, de la preuve écrite. C'est un écrit ; seulement au lieu de constater le fait dont la preuve est nécessaire au gain du procès, il constate un fait qui rend vraisemblable le fait allégué. C'est un écrit qui réalise un déplacement de preuve On comprend alors le pouvoir d'appréciation des juges du fond et sa limite, car, nous le verrons, le déplacement de preuve est une question de pertinence et le juge du fond est maître de la pertinence. Req., 9 juillet 1890, S. 92. 1. 557 ; Req., 18 juin 1897 S. 97. 1. 496, Req , 13 mars 1900, S. 1900. 1. 440. Mais si les juges du fond peuvent dire souverainement si le commencement de preuve par écrit rend vraisemblable le fait allégué, par contre la Cour de cassation se réserve le droit de dire si on se trouve en présence d'un commencement de preuve par écrit. Cass., 10 déc., 1884. S. 85. 1. 128, 12 mai 1886, S. 90. 1. 326 ; Req , 9 juillet 1890, S. 92. 1. 557 et les renvois.

(2) Voir ce qui est dit à la note précédente.

singulière lumière sur l'étude de la preuve par commune renommée. Ce que nous disions au début de ces développements se précise et s'éclaire. Ce n'est pas comme procédé de preuve spécial qu'il faut étudier la commune renommée. En tant que procédé de preuve, elle ne se sépare en aucune façon du témoignage. Elle est un témoignage proprement dit. Et cela est si vrai que toutes les règles relatives au témoignage, touchant sa production, lui sont applicables. On a bien soutenu, à une certaine époque, que l'enquête par commune renommée pouvait se faire par-devant notaire, mais la Cour de cassation s'est refusée à admettre cette doctrine (1). L'enquête par commune renommée a lieu dans la forme des enquêtes ordinaires. De plus, les témoins de commune renommée, comme les témoins ordinaires, doivent prêter serment et sont reprochables pour les mêmes raisons. Mais si, en tant que procédé de preuve la commune renommée n'offre aucun intérêt, il n'en est pas de même si on l'examine du point de vue de l'analyse logique de la preuve. Le témoignage de commune renommée nous offre, en effet, une hypothèse très nette de déplacement de preuve, d'autant plus intéressante que le déplacement y revêt une physionomie tout à fait originale. C'est donc de ce point de vue que nous allons maintenant l'étudier.

II

La commune renommée, disons-nous en premier lieu, est une application légale très nette du déplacement de preuve Il nous faut, dès lors, donner corps à cette théorie encore vague du déplacement puisque c'est par rapport à elle que nous devons définir la commune renommée.

On entend très largement, après les explications qui précèdent, ce qu'est le déplacement de preuve. Déplacer la preuve,

(1) Cass., 17 janvier 1838, S. 38, 1, 162; v. aussi Douai, 1er juin 1847, S. 48, 2, 46; Paris, 12 nov. 1869 *Revue not.*, t. XV, n° 2723; Douai, 11 av. 1884, S. 84, 2, 156; Limoges, 3 août 1841, *Journal des Avoc.*, 1844, p. 222.

c'est la transporter du fait litigieux impossible à établir sur un fait voisin. Mais aussitôt une objection très grave se présente à nous. La définition descriptive, que nous venons de donner du déplacement, correspond trait pour trait à la définition même que le Code nous donne de la présomption. L'article 1349 nous dit en effet que « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». Or le fait inconnu n'est pas autre chose que le fait même nécessaire au gain du procès et la preuve d'un fait voisin ou connexe suffit à l'établir. N'en devons-nous pas conclure que la théorie du déplacement de preuve se confond avec la théorie de la présomption? Ce serait une très grave erreur de le croire, car ce serait vouloir absorber le phénomène lui-même dans une de ses manifestations. Les présomptions sont, sans aucun doute, une application de la théorie du déplacement de preuve, mais celle-ci ne se réduit pas à celles-là; elle a un domaine d'action infiniment plus large. Nous ne pouvons songer évidemment à énumérer toutes les applications légales ou jurisprudentielles du déplacement de preuve. Elles sont innombrables (1); mais nous voulons, tout au moins, en choisir quelques-unes parmi les plus caractéristi-

(1) Ces applications peuvent être classées sous trois chefs différents :

1° Il s'agit de tirer les conséquences juridiques de l'attitude positive ou passive d'un individu à l'égard d'une situation. Il s'agit d'interpréter un acte de volonté. Ex Poitiers 23 mars 1881, S. 82. 2. 23; Riom, 2 avril 1857, S 57. 2. 602 : Civ., 14 avril 1885, S. 87. 1. 301; Req., 31 juillet 1866, S. 66. 1. 417; Req., 29 nov. 1899, S. 1900. 1 481 : Lyon, 4 mars 1876. S. 77. 2. 85; Nancy, 25 juin 1878, S. 78. 2. 289. Nous étudions au texte les deux exemples les plus caractéristiques : l'aveu et la destination du père de famille.

2° Il s'agit d'établir un fait qui résulte d'un ensemble de faits dont chacun pris isolément ne signifie pas grand chose; Req., 5 déc. 1893, S. 96. 1. 79; Cass., 20 juillet 1864, S. 65. 1. 33; Paris, 21 juin 1872, S. 74. 2. 37; Cass., 4 nov. 1891, S. 91. 1. 532; Pau, 26 janv. 1896, S. 97. 2. 47; Cass., 5 mars 1856, S. 58. 1 389; Cass., 17 juillet 1866, S. 66. 1. 401.

3° On a recours à la preuve d'un fait qui pourrait être l'une des manifestations possibles du fait nécessaire au gain du procès. Nous étudions au texte l'application la plus remarquable : la preuve de la propriété immobilière. *Adde*, Cass., 19 mars 1858, S 58. 1. 631; Cass., 6 nov. 1872, S. 72. 1. 362; Cass., 20 juin 1874, S. 76. 1. 231; Cass., 20 mai 1889, S. 92. 1. 390; Cass., 13 mars 89, S. 89. 1. 257.

ques, qui, nous donnant une image exacte du déplacement, nous démontrent en même temps qu'il ne peut se confondre avec les présomptions des articles 1349 et suivants. Trois de ces applications nous ont paru particulièrement intéressantes et convaincantes. Nous empruntons les deux premières à la loi : ce sont la destination du père de famille et l'aveu. Nous tirons la troisième de la jurisprudence sur la preuve de la propriété immobilière.

1° Dans l'opinion générale, la destination du père de famille est considérée comme un mode original de constitution des servitudes, au même degré que la constitution par prescription ou par titre. Elle est un troisième procédé qui ne se confond avec aucun des deux autres. La servitude résulte d'un état de fait établi par le propriétaire de deux héritages, état de fait qui constituerait une servitude, si les deux fonds appartenaient à des propriétaires différents. Dès lors qu'ils viennent à être séparés, la servitude prend naissance sans titre ni prescription ; elle naît de l'état de fait établi par l'ancien propriétaire commun (1).

Cette conception est, croyons-nous, absolument impuissante à expliquer d'une manière satisfaisante les caractères de l'institution. Elle lui attribue un rôle sur le fond du droit, alors qu'en réalité elle n'est qu'une institution de preuve. Pour nous, la destination du père de famille n'est pas un procédé original de constitution, elle est seulement un mode spécial de preuve de la constitution par titre. L'état de fait ou plutôt la persistance de l'état de fait qu'elle suppose ne crée pas la servitude ; il implique seulement l'existence d'une constitution par titre. Cette dernière, dont la preuve ne peut être apportée directement, est prouvée par voie de déplacement. Telle est, croyons-nous, l'idée qui seule peut expliquer la jurisprudence qui s'est formée sur les articles 692, 693 et 694 du Code civil. Nous devons brièvement la justifier.

Cette idée trouve son point d'affleurement dans deux séries de décisions que nous devons rappeler.

(1) Aubry et Rau, 5e édit. § 252, p. 144 et sq. ; Planiol, t. Ier, n° 2960.

Tout d'abord, la jurisprudence exige d'une façon rigoureuse l'intention chez le propriétaire commun d'établir une servitude (1). Ainsi la servitude ne naîtra pas lorsque l'état de fait aura été établi en vue de satisfaire les convenances personnelles du propriétaire (2), ou lorsqu'il pourra recevoir une autre explication (3). De plus cette intention devra exister au moment de la séparation juridique des fonds (4). L'intention du propriétaire est, en jurisprudence, la condition essentielle de la destination du père de famille, et cependant on n'en trouve aucune trace dans la loi. Pour ceux qui opposent la constitution des servitudes par la destination du père de famille à la constitution des servitudes par titre, cette jurisprudence est inexplicable. Dans la constitution par titre, en effet, ce qui crée la servitude, c'est la volonté juridique de l'homme. Si donc la destination du père de famille en diffère, comme procédé de constitution, la servitude devra alors résulter du fait de l'homme et non de sa volonté juridique. Exiger, par suite, chez le père de famille la volonté de créer une servitude, c'est commettre, si l'on suit la conception des auteurs, un véritable contresens. En considérant, au contraire, la destination du père de famille comme un procédé de preuve d'une constitution par titre, la jurisprudence que nous avons rappelée s'éclaire tout naturellement. Puisqu'il s'agit d'une constitution par titre, il faut bien évidemment la preuve de l'intention, de la volonté du propriétaire. C'est la condition nécessaire à son existence. Il n'était pas nécessaire que la loi l'exprime.

Nous devons maintenant faire entrer en jeu une seconde série de décisions plus significatives encore On connaît les nombreuses discussions qui se sont élevées sur le point de savoir quelle était la différence précise séparant l'article 694

(1) Req., 15 av. 1872, S. 73. 1. 146, surtout Req., 19 juin 1893. S. 93. 1. 340 ; Civ., 8 mai 1895, S. 95. 1. 272 et Req., 3 déc. 1901, D. 1902. 1. 167.

(2) Req., 15 juillet 1875, S 75. 1. 4 9.

(3) Req., 7 mars 1876, S. 76. 1. 204.

(4) Req., 1er août 1887, S. 87. 1. 455.

des articles 692 et 693. Pour les uns, l'article 694 viserait le cas où la servitude existait précédemment entre les héritages réunis plus tard dans les mêmes mains. Eteinte par confusion, cette servitude revivrait lorsque les deux fonds viendraient à être de nouveau séparés (1). Pour d'autres, l'article 694 viserait le cas où la séparation des fonds résulterait d'un acte de disposition proprement dit ; il serait étranger au cas où la séparation résulterait d'un acte déclaratif (2). La jurisprudence n'a accepté ni l'une ni l'autre de ces interprétations. Pour elle, l'article 694 produit effet même lorsque l'état de fait est l'œuvre du propriétaire commun, même lorsque la séparation résulte d'un acte déclaratif. Son originalité est ailleurs. L'article 694 vise les servitudes discontinues et apparentes et produit alors effet lorsque l'acte de séparation est présenté et ne contient aucune clause contraire à la servitude (3). Au contraire pour les servitudes continues et apparentes, dont s'occupent les articles 692 et 693, point n'est besoin de représenter l'acte de séparation. Cette jurisprudence va nous permettre de préciser et se compléter notre raisonnement. Nous avons dit qu'il fallait nécessairement, étant donné l'exigence jurisprudentielle de l'intention du propriétaire, considérer la destination du père de famille comme un procédé spécial de preuve d'une constitution par titre. Nous pouvons indiquer maintenant le mécanisme de l'opération. Le titre, qui donne naissance à la servitude, se trouve dans l'acte de séparation juridique des fonds ; il est un pacte adjoint à cet acte ou plutôt il en constitue une clause. Il faut dès lors qu'à ce moment précis existe la volonté du propriétaire de créer la servitude. Mais cette clause n'est pas écrite dans l'acte, c'est une clause tacite et il est par suite nécessaire de la prouver. C'est là précisément le but de la destination du père de famille. Lorsque la servitude est apparente et continue, la preuve résulte de la seule existence de l'état de fait au moment de la séparation

(1) Planiol, t. I, n° 2963.
(2) Laurent, VIII, 189.
(3) Req., 27 avril 1887, S. 90. 1. 479, nombreux arrêts antérieurs.

des fonds. Lorsque la servitude n'est qu'apparente, il faut de plus le silence de l'acte de séparation, silence qui constitue un véritable commencement de preuve par écrit. Nous sommes ainsi conduits à la formule suivante. La persistance de l'état de fait au moment de la séparation, corroboré ou non par l'acte de séparation, ne peut s'expliquer que par l'hypothèse d'une constitution par titre contemporaine de la séparation juridique des fonds. En d'autres termes, on ne peut établir directement l'existence de cette constitution, on prouve un fait voisin qui l'implique, la destination. La destination du père de famille nous apparaît bien, en dernière analyse, comme une application légale du déplacement de preuve (1).

2° Il en est pareillement de l'aveu. D'une façon très générale on n'envisage pas l'aveu comme un moyen de preuve. « L'aveu, disent Aubry et Rau, emportant une présomption légale de la vérité du fait avoué, a pour conséquence de dispenser de toute preuve celui qui l'invoque et d'enlever au juge le pouvoir d'en exiger une » (2). Ils précisent d'ailleurs leur pensée ; l'aveu opère un renversement de preuve, il s'analyse en une renonciation par le défendeur au droit d'exiger de son adversaire la preuve de sa prétention (3).

Cette conception, qui n'est au fond, nous le verrons, que le résultat d'une illusion, n'explique qu'incomplètement les

(1) Cpr. Aubry et Rau, § 252, note 9 et auteurs cités. Il est sans doute possible de présenter à l'encontre de cette conception certaines objections d'apparence sérieuse. Voici la plus impressionnante. Si la destination du père de famille s'analyse en un procédé de preuve d'une constitution par titre résultant d'une clause tacite, d'un pacte adjoint à l'acte de séparation, il semble que la destination ne devra produire effet qu'autant que la séparation aura résulté d'un acte volontaire. Elle devra être écartée lorsqu'elle résultera d'une saisie ou d'une expropriation. Or même dans ces deux hypothèses la jurisprudence admet son maintien. Bourges, 17 janv. 1831, S. 32. 2. 88 ; Cass., 30 nov. 1853, S. 54. 1 679 ; Cass., 10 nov. 1897, S. 1900. 1. 310 ; Cass., 19 juin 1861, S. 63. 1. 138. Comment alors supposer une clause tacite? En réalité cependant rien n'est plus aisé. Le saisi par exemple reste propriétaire jusqu'à l'adjudication ; il peut modifier l'état des lieux. Il pourrait même faire insérer une réserve contraire dans le cahier des charges. Pau, 16 mars 1892, S. 92. 2. 136. S'il reste inactif, on peut dire qu'il collabore volontairement quoique tacitement à l'établissement de la servitude.

(2) Aubry et Rau, t. VIII, p. 159, note 29.

(3) Tome VIII, p. 170, 3° texte.

caractères de l'aveu judiciaire. Elle n'explique pas du tout ceux de l'aveu extrajudiciaire. Et cependant son point de départ est exact. Il n'est pas possible de considérer l'aveu comme un procédé de preuve original. Seulement les auteurs qui l'ont émis se sont laissé prendre à l'apparence, car ce n'est qu'en apparence que le demandeur est exonéré de la charge de la preuve. L'aveu ne peut pas s'analyser en une renonciation de la part du défendeur à exiger du demandeur la preuve de son droit. Et cela est si vrai que dans certaines hypothèses l'intention de renoncer manifestement n'existe pas. Si on suppose en effet un débiteur qui demande à son créancier un renouvellement ou un délai, alors que ce dernier n'a pas de titre, sa demande équivaudra incontestablement à un aveu et cependant on ne pourra pas dire qu'il a eu l'intention de renoncer à son droit d'exiger du créancier la preuve de sa qualité. Au reste, si l'aveu se ramenait à une idée de renonciation, on ne pourrait expliquer qu'il puisse valoir comme commencement de preuve par écrit? (1). Où serait alors le renversement de preuve? On devrait dire que le défendeur confère à son adversaire le bénéfice d'une demi-preuve! Comment aussi expliquer que cet adversaire, en prouvant la fausseté des éléments de fait à lui défavorables, puisse diviser l'aveu et retenir seulement ceux des éléments qui lui sont favorables? (2) Si vraiment l'avouant renonce, c'est à la condition qu'on respectera son aveu tout entier. Comment enfin expliquer la conception spéciale que la jurisprudence s'est faite de la règle de l'indivisibilité de l'aveu? Cette conception est inconciliable avec l'idée de renonciation (3).

(1) Cass. Req., 2 janv. 1872, S. 72. 1. 129; Montpellier, 8 fév. 1876, S. 76. 2. 295; Rouen, 26 février 1879, S. 80. 2. 214; Paris, 21 juin 1872, S. 74. 2. 37; Cass., 1er déc., 1880, S. 81. 1. 357; Cass., 12 juin 1899, S. 1900. 1. 136.

(2) Cass., 19 avril 1858, S. 58. 1. 734; Req., 22 nov. 1869. S. 70. 1. 339; Req., 1er déc. 1880, S. 81. 1. 357; Req., 12 déc. 1881, S. 82. 1. 196; Req., 5 déc. 1881, S. 82. 1. 55; Req., 4 janv. 1892, S. 92. 1. 84.

(3) Sans doute, en principe, la jurisprudence admet l'indivisibilité de l'aveu. Mais elle y apporte de très larges exceptions. L'indivisibilité cesse lorsque l'aveu ne vaut que comme commencement de preuve par écrit, lorsque les juges trouvent la preuve de son inexactitude partielle dans la contradiction et l'invraisem-

En réalité, le rôle exact de l'aveu est légèrement différent de celui qu'on lui attribue. L'aveu se ramène non pas à un renversement de preuve, mais à un déplacement de preuve. Il implique par lui-même l'existence du fait avoué. Au lieu de porter sur le fait nécessaire au gain du procès, la preuve porte sur un fait voisin, le fait de l'aveu, mais en raison du lien étroit qui unit ces deux faits, la preuve de l'un emporte celle de l'autre. L'aveu serait inexplicable si le fait avoué n'existait pas. Suivant la formule d'Aubry et Rau, malheureusement dénaturée par la suite du texte, il emporte présomption de la vérité du fait avoué (1). Mais alors on ne peut pas dire que le demandeur soit dispensé de toute preuve. En réalité, il fait sa preuve du moment ou il établit le fait de l'aveu, d'ailleurs tout établi si l'on suppose un aveu judiciaire, mais qu'il devra prouver s'il s'agit d'un aveu extrajudiciaire, aveu qui implique judiciairement et légalement l'existence de son droit (2). On comprend alors que l'intention de renoncer ne soit pas nécessaire, que l'aveu puisse servir de commencement de preuve par écrit, et qu'il soit permis au demandeur de diviser l'aveu, en établissant l'inexactitude des éléments de fait qui lui sont défavorables. Nous arrêtons-là nos observations. Il nous suffit d'avoir indi-

blance des déclarations successives de la partie elle-même, quand l'aveu est d'une invraisemblance grossière ou qu'il porte en lui-même la preuve du mensonge et de la fraude, enfin lorsqu'une partie de l'aveu est démontrée fausse par des actes authentiques ou par les agissements et la correspondance de son auteur. V. les arrêts cités à la note précédente. *Adde* Req., 3 mars 1873. S. 73. 1. 437; Limoges, 26 fév. 1885, S. 86. 2. 43; Civ., 28 déc. 1859. S. 60. 1. 329; Cass., 7 juillet 1858 S. 59. 1. 76; Grenoble, 29 nov. 1861, S. 63. 2. 111; Req., 2 janv. 1872, S. 72. 1. 129; Grenoble, 12 juin 1901, D. 1903. 2. 259. Or si l'aveu s'analyse en une renonciation, c'est-à-dire en un acte de volonté comment comprendre qu'il puisse être divisé dans les hypothèses que nous venons d'indiquer? Comment comprendre aussi la définition jurisprudentielle de l'aveu unique? Cass., 19 juin 1839, S. 39. 1. 462; Req., 8 fév. 1864, S 65. 1. 227; Angers, 15 mars 1865, S. 65. 2. 292.

(1) C'est du reste l'expression employée par un arrêt de Cass., 9 janv. 1889, D. 90. 1. 25.

(2) On peut citer d'autres exemples où le demandeur paraît en apparence exonéré de la preuve. V. le cas où le défendeur a introduit dans le débat un document dont se prévaut le demandeur. Les arrêts disent dans ce cas que le document est commun aux parties. Cass., 6 fév. 1867, C. 1867. 1. 109.

que comment et pourquoi l'aveu devait être considéré comme une application légale du déplacement de preuve (1).

3° Nous arrivons enfin à la preuve de la propriété immobilière qui est, nous l'avons dit, l'application jurisprudentielle la plus caractéristique et une des manifestations les plus intéressantes de ce phénomène du déplacement dont nous poursuivons l'étude.

On connaît le système si original construit par les arrêts en matière de revendication. En pure théorie, la preuve du droit de propriété, pour être complète, devrait résulter de la production d'un titre translatif accompagnée de la justification du droit de l'auteur immédiat et de celui des prédécesseurs de ce dernier. Autant dire qu'elle serait impossible. La seule preuve certaine, dont on pourrait user, résulterait de l'accomplissement de la prescription au profit du revendiquant lui-même ou de l'un de ses auteurs. Mais une telle preuve ne pourrait être que très rarement administrée. Aussi, en son absence, la jurisprudence a dû déterminer les éléments de preuve que le revendiquant aurait à fournir; et elle s'est arrêtée aux solutions suivantes. Lorsque le conflit existe entre deux parties qui n'ont de titre ni l'une ni l'autre, celle-là l'emportera qui fera preuve d'une possession préférable, soit qu'elle soit plus ancienne, soit qu'elle soit mieux caractérisée (2) Cette possession, d'ailleurs, ne devra pas nécessairement réunir les caractères d'une possession *ad usucapionem* (3). Et d'autre part, elle ne se confondra pas avec la possession suffisante pour attribuer à l'une des parties la qualité de défendeur (4). Elle n'est ni une possession à fin d'usucaper, ni une possession à fin de procédure, mais une possession à fin de preuve.

(1) Aussi estimons-nous que le Code a eu raison de placer l'aveu au rang des présomptions. *Contrà* PLANIOL, t. II, n° 22.

(2) Cass., 26 août 1823, *S. chr.*, 26 août 1839, S. 39. 1. 920; 20 janvier 1840, S. 40. 1. 957; 16 avril 1860, S. 60. 1. 820; 11 nov. 1861, S. 62. 1. 41; 16 mars 1877, S. 78. 1. 340; 10 août 1880, S. 81. 1. 117; 18 octobre 1893, S. 96. 1. 36.

(3) Cass., 11 nov. 1861, S. 62. 1. 41.

(4) Bordeaux, 14 juin 1877, S. 79. 2. 234.

Lorsque le demandeur possède un titre, il pourra l'opposer au possesseur qui n'en possède aucun, et il l'emportera sur lui (1). Toutefois, le possesseur triomphera si sa possession est plus ancienne que le titre qu'on lui oppose (2). Ce titre, d'ailleurs, peut être aussi bien un titre déclaratif qu'un titre translatif (3). Il peut même n'être ni l'un ni l'autre (4).

Enfin, lorsque les deux parties produisent l'une et l'autre un titre émanant d'auteurs différents, l'appréciation des titres est du pouvoir souverain des juges du fait qui donnent la préférence au titre le plus ancien (5).

De l'ensemble de ces décisions se dégage une double constatation extrêmement importante. De même que la possession suffisante à l'établissement du droit de propriété, en l'absence de titre, est une possession à fin de preuve, de même le titre pris en considération par les arrêts est un titre de preuve. Il se différencie, en effet, nettement du titre nécessaire à l usucapion. Le jugement et le partage, par exemple, ne constituent pas de justes titres en matière d'usucapion (6). Ils constituent des titres de propriété. Par contre, si le titre de propriété se distingue du titre nécessaire à l'usucapion, il est mis sur le même pied que la possession. Titre et possession sont, en matière de revendication, des faits de même nature. Ils appa-

(1) Cass., 22 juin 1864, S. 64. 1. 349; 22 mai 1865, S. 65. 1. 359; 13 juillet 1870, S. 70. 1. 397; 20 juillet 1874, S. 74. 1. 363; 9 janv. 1893, S. 94 1. 138.

(2) Cass., 22 juin 1864 précité; Req., 15 nov. 1897, S. 98. 1. 337, note de M. Wahl; Rouen, 1er fév. 1865, S. 66. 2. 180; Aix, 22 fév. et 15 mars 1872, S. 73. 2. 49; Bordeaux, 6 avril 1883, S. 83. 2. 148; Poitiers, 27 nov. 1888, *Gaz. Pal.*, 1889. 1. 58; Lyon, 21 nov. 1890, *Monit. jud. Lyon*, 12 mars 1891. La Chambre civile de la Cour de cassation paraît résister à la doctrine de la Chambre des requêtes et des Cours d'appel; Civ., 9 janv. 1893, S. 94. 1. 138.

(3) Par exemple un partage. Cass., 22 juin 1864 précité; Rouen, 1er février 1865 précité; Bordeaux, 18 déc. 1879, S. 80. 2. 109; ou un jugement relatif à une action immobilière: Cass., 22 mai 1865, S. 65. 1. 359; 27 déc. 1865, S. 66. 2. 250; 13 juillet 1870, S. 70, 1. 397; 22 déc. 1885, S. 86. 1. 196.

(4) Cass., 22 mai 1865, S. 65. 1. 359 et 20 mars 1888, S. 89. 1. 62.

(5) Cass,, 10 avril 1872, S 72, 1. 374; 21 mars 1894, S 94. 1 360; 6 janv. 1896, S. 96. 1. 119; Orléans, 29 nov. 1893 sous Cass., 6 janvier 1896 précité et Orléans, 25 juillet 1895 sous Cass., 1er juin 1897, S. 97. 1. 399.

(6) V. d'autres différences. Cass., 15 av. 1877, S. 67. 1. 240 et 10 mars 1875, S. 75. 1 172.

raissent l'un et l'autre comme justificatifs du droit de propriété. En cette idée se résume toute la jurisprudence. Nous pouvons maintenant et très aisément en dégager l'esprit. On a voulu expliquer les arrêts en disant qu'ils avaient conservé sous le nom d'action en revendication l'ancienne action publicienne (1). Mais si cette idée était exacte, on ne comprendrait pas que la possession suffisante à la preuve de la propriété ne soit pas une possession *ad usucapionem*. On a dit aussi que les caractères de l'action en revendication s'expliquaient par les caractères mêmes et le fondement du droit de propriété, considéré comme un droit relatif. Nous serions beaucoup moins en présence d'un système de preuve que d'un système de fond (2).

L'esprit des arrêts est, croyons-nous, beaucoup plus simple. Ne pouvant exiger du revendiquant la preuve rigoureuse de son droit, ils exigent de lui la preuve qu'il a fait sur la chose un acte de maître, et que cet acte de maître n'a pas été régulièrement critiqué ni contesté. Dès lors, tout acte de maître postérieur prend le caractère d'un acte d'usurpation, à moins qu'il ne soit établi que son auteur est l'ayant cause de celui qui a fait le premier acte de maître. L'acte de maître, ce sera d'abord la possession et l'on comprend qu'elle ne se confonde pas avec la possession à fin d'usucapion Ce sera aussi tout acte par lequel le revendiquant aura été reconnu propriétaire par ceux qui auraient eu intérêt à lui contester son droit. On comprend alors l'admission du titre déclaratif. On peut même dire que c'est le titre probant par excellence. Titre et possession se présentent à nous comme des actes de maître. Ce sont des manifestations du droit du propriétaire, manifestations de même nature comparables et opposables, et il devient dès lors tout naturel d'attribuer la préférence à la plus ancienne. Si

(1) V. Appleton. *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, Paris, 1899. 2 col.; Debrand, *Revue bourguignonne*, 1893, p. 71 et sq. V. au surplus, Aubry et Rau, 5e édit., p. 559, note 1 *bis*.

(2) Pour plus de précision, v. Emm. Levy, *Preuve par titres du Droit de propriété*, thèse Paris, 1896.

nous avons bien traduit l'esprit des arrêts, la conséquence est pour nous évidente. La preuve du droit de propriété immobilière est faite lorsque l'on a établi l'une des manifestations possibles de ce droit, c'est-à-dire lorsqu'on a établi qu'il a été fait un acte de maître sur la chose. Ce qui revient à constater que la preuve du droit de propriété a lieu par voie de déplacement. Elle est transportée du droit sur l'une de ses manifestations (1).

Nous en avons assez dit pour qu'on puisse apercevoir toute l'importance et toute l'étendue, ainsi que l'originalité de cette théorie si intéressante du déplacement de preuve. Aux exemples par lesquels nous l'avons illustrée, nous pouvons maintenant ajouter la preuve par commune renommée. Au même titre que l'aveu ou que la destination du père de famille, la commune renommée doit être considérée comme une application légale du déplacement de preuve.

III

Mais nous avons ajouté qu'elle en constituait une application originale. Dans la théorie du déplacement, la commune renommée occupe une place tout à fait spéciale qu'il nous faut maintenant déterminer. Grâce à elle, nous allons pouvoir pénétrer plus avant dans l'étude de ce phénomène dont nous connaissons seulement l'existence et quelques manifestations. Nous devons à présent en fixer les limites, car, on l'a deviné, la commune renommée constitue une application anormale, exagérée du déplacement; elle en marque la limite extrême, ou plus exactement elle se trouve en dehors même de cette limite.

On peut, dans notre droit, assigner une double limite à la théorie du déplacement de preuve.

Tout d'abord, il est certaines hypothèses où le déplacement

(1) On comprend alors l'opposabilité aux tiers des titres de propriété, nonobstant l'article 1165, puisque ce sont des titres de preuve.

est rigoureusement interdit, parce que la loi ou la jurisprudence exigent une preuve directe et intrinsèque. Nous en trouvons un premier exemple dans l'article 504 du Code civil : « Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué ». Deux autres se dégagent des arrêts. En matière de libéralités d'abord, la cause impulsive et déterminante, lorsqu'elle est illicite, entraîne la nullité de la libéralité à la condition que la preuve ressorte des termes mêmes de l'acte de libéralité (1). D'autre part, lorsqu'un testament est daté de façon insuffisante, on ne peut établir la véritable date qu'à l'aide des énonciations mêmes du testament (2). Il en est d'ailleurs pareillement si l'on veut établir la fausseté de la date (3). Dans toutes ces hypothèses, et ceci est essentiel, le déplacement de preuve est écarté, non pas parce qu'il est dangereux, mais pour des raisons de fond ou de forme. Dans l'hypothèse de l'article 504, la preuve directe et intrinsèque se justifie par l'idée que les héritiers ayant seulement un intérêt pécuniaire à attaquer l'acte passé par leur auteur, cet intérêt doit se manifester par une lésion apparente dans l'acte (4). En matière de libéralités, la preuve intrinsèque se rattache étroitement à la conception jurisprudentielle de la cause impulsive et déterminante, considérée, au moins originairement, comme une condition, et devant à ce titre exister dans l'acte même de libéralité. Enfin, en matière testamentaire, la preuve intrinsèque est une conséquence des conditions de forme imposées par la loi pour la validité du testament olographe (5).

(1) Cass., 6 décembre 1876, S. 77. 1. 67 ; Orléans, 25 mars 1875, S. 76. 2. 329 ; Toulouse, 28 av. 1880, S. 82. 2. 222.

(2) Cass , 9 juillet 1885, S. 88. 1. 479.

(3) Cass., 11 janv. 1886, S. 86. 1. 337.

(4) Aubry et Rau, 6e édit., tome I, p. 810, note 12.

(5) On pourrait peut-être découvrir en jurisprudence d'autres applications de la preuve intrinsèque. V. en particulier pour le paiement avec subrogation, spécia-

Ces hypothèses mises à part, le déplacement de preuve ne rencontre plus d'obstacle ; il est partout possible, à la condition qu'il existe entre le fait sur lequel la preuve est déplacée et celui dont l'établissement est nécessaire au gain du procès un lien suffisamment étroit. Cette dernière condition marque la limite véritable du déplacement. Les arrêts la précisent d'un mot. Il faut que le fait sur lequel la preuve se trouve déplacée soit pertinent. Et tout aussitôt les arrêts ajoutent que la question de savoir si un fait est ou non pertinent est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Cette réserve rend très malaisée une définition précise de la pertinence. Suivant les circonstances et suivant les matières, les juges se montrent plus ou moins rigoureux ou plus ou moins faciles. Aucune règle déterminée ne paraît s'imposer à eux. Quoi qu'il en soit et quelque vague qu'apparaisse pour l'instant cette notion de la pertinence, elle nous suffit pour apercevoir en quoi le déplacement de preuve réalisé par la commune renommée est exceptionnel. Il est trop évident, en effet, que le lien unissant la commune renommée au fait nécessaire au gain du procès, qu'il s'agisse de l'importance des reprises de la femme ou de l'importance de la communauté, est beaucoup trop vague pour qu'on puisse la qualifier de pertinente. La commune renommée est en dehors de la théorie du déplacement de preuve, parce qu'elle est dénuée de pertinence. Si le Code ne l'avait pas admise, jamais les juges n'auraient pu l'autoriser. Nous touchons ici au point décisif de notre argumentation, et nous devons d'autant mieux l'établir qu'une objection, en apparence irréductible, s'oppose à nous. Voici, en effet, ce qu'on peut nous objecter. Si, peut-on nous dire, vous

lement lorsque la subrogation est consentie par le créancier, Cass., 13 août 1855, S. 55. 1. 769 ; Nîmes, 21 mai 1860, S. 60. 2. 303 ; Cass., 20 nov. 1865, S. 66. 1. 201 ; Cass., 25 juillet 1865, S 65. 1. 417. On pourrait croire que le déplacement de preuve est également interdit lorsqu'il s'agit d'établir la responsabilité principalement en matière de contrat de transport. En réalité les arrêts se montrent seulement très difficiles pour l'admettre : Civ., 5 nov. 1883, D. 84. 1. 461 ; Civ., 21 nov. 1893, D. 94. 1. 308 ; 13 juin 1894. D. 94. 1. 565 ; 27 oct. 1890, D. 92. 1. 356 ; 7 juin 1904, D. 1906, 1. 175. Il y a beaucoup d'autres arrêts.

cherchez la définition de la commune renommée sur le terrain de la pertinence, vous devez nécessairement admettre que le juge, maître de la pertinence, puisse en dehors des hypothèses admises par la loi autoriser la commune renommée, lorsque les circonstances seront telles qu'elle lui paraîtra pertinente. Une double conséquence en résulterait. D'abord, aucune différence de droit n'existerait entre le témoignage de commune renommée et un témoignage quelconque réalisant un déplacement de preuve. Ces deux témoignages seraient admis ou rejetés suivant qu'ils paraîtraient au juge pertinents ou non. Il n'y aurait qu'une différence de degré en ce sens que la commune renommée serait le plus souvent rejetée; mais juridiquement l'assimilation s'imposerait. Et par suite la Cour de cassation ne pourrait exercer aucun contrôle. Dès l'instant où les juges du fait auraient déclaré la commune renommée pertinente, elle devrait s'incliner. Or de pareilles conséquences sont directement contraires à la jurisprudence; elles paraissent, dès lors, condamner par avance la définition que nous laissons pressentir de la commune renommée. Avant toute discussion, précisons bien cet élément nouveau, dont nous devons maintenant tenir compte, à savoir la différence de droit séparant le témoignage de commune renommée d'un témoignage réalisant un déplacement de preuve normal. Nous verrons ensuite s'il est possible de justifier cette différence en demeurant sur le terrain de la pertinence.

La Cour de cassation a affirmé l'originalité du témoignage de commune renommée par rapport à tout témoignage réalisant un déplacement de preuve normal, dans des conditions particulièrement significatives. Il s'agissait de savoir si le témoignage de commune renommée était juridiquement différent du témoignage au second degré dans lequel le témoin se borne à répéter ce qu'il a entendu dire d'une personne déterminée. Ce dernier témoignage est, on le voit, aussi voisin que possible de la commune renommée. Voici, d'ailleurs, les faits qui étaient soumis à la Cour (1). Un arrêt de la Cour de Paris

(1) Req., 3 janvier 1893, S. 93. 1. 337, note de M. Labbé.

du 11 août 1892 avait prononcé le divorce des époux Préterre au profit de Mme Préterre. Cet arrêt avait fait état, à titre de preuve résultant de l'enquête, des déclarations de personnes ni citées ni entendues, déclarations rapportées par des témoins de l'enquête et relatives à des propos injurieux tenus par M. Préterre sur sa femme. Dans ces conditions, M. Préterre se pourvoit en cassation, en alléguant en faveur de son pourvoi le moyen suivant. Tout témoignage, disait-il, suppose nécessairement la déclaration d'un fait personnel à celui qui dépose, d'un fait dont il a acquis personnellement connaissance. Tout autre témoignage est un témoignage de commune renommée L'arrêt attaqué a donc admis un témoignage de commune renommée dans une hypothèse où la loi ne le permet pas. La Cour de cassation a répondu par l'attendu suivant : « Attendu que les dispositions reçues dans une enquête ne sont pas dénuées d'autorité parce que leurs auteurs n'auraient connu les faits dont ils témoignent qu'indirectement et par des récits qui leur en auraient été rapportés ; que la loi s'en remet aux lumières et à la prudence du juge de ce qui est de nature à former sa conviction, et qu'il n'appartient pas à la Cour de cassation de reviser l'appréciation qui a été faite par le juge du fond de la force probante des témoignages ; qu'ainsi doit être écarté le premier grief du moyen, qui est pris de ce que, pour affirmer que Préterre a adressé à sa femme des propos outrageants, l'arrêt se serait fondé sur des témoignages indirects ». En rapprochant cet arrêt de ceux par lesquels la Cour suprême a affirmé l'impossibilité d'admettre la commune renommée en dehors des cas fixés par la loi, une double constatation se dégage. En droit le témoignage indirect est assimilé au témoignage direct dès l'instant où les juges du fond en reconnaissent la pertinence, et ils jouissent d'un pouvoir souverain dans cette appréciation. Par contre, le témoignage indirect, comme le témoignage direct, est différent, toujours en droit, du témoignage de commune renommée. Rien, d'ailleurs, n'est plus légitime que cette assimilation du témoignage indirect et du témoi-

gnage direct. On ne voit, en droit, aucune raison qui puisse le faire écarter de prime abord. Bien au contraire, l'organisation même de notre procédure d'enquête implique son admission. Comme on l'a fait bien souvent remarquer cette procédure a un caractère nettement artificiel. « Les témoins, dit M. Labbé, déposent non devant le tribunal entier, devant le public, mais devant un juge commissaire en présence des parties, hors la présence des tiers. L'attitude, l'accent des témoins, le degré de franchise que sa voix exprime, tout cela est lettre close pour la plupart des membres du tribunal, qui n'ont sous les yeux qu'un procès-verbal dépourvu d'impressions, traduction presque toujours épurée, rectifiée, mais incolore de ce que le juge commissaire a entendu, a compris et dicté au greffier » (1). Qu'importe alors que la déclaration du véritable témoin parvienne au tribunal par l'intermédiaire d'un autre témoin, puisqu'en fin de compte elle ne lui arrive jamais directement! Sans doute, et dans tous les cas, les juges ne devront pas admettre sans examen un témoignage indirect au même titre qu'un témoignage direct. Ils devront rechercher pour quelle raison le tiers dont le récit est rapporté par le témoin n'a pas paru à l'enquête. Si la raison se trouve sérieuse, comme au cas de décès de ce tiers ou d'absence, ils n'auront aucune méfiance à admettre le témoignage indirect. Au cas contraire, ils devront se montrer très prudents; mais ce sera là une question d'espèce, une question de fait; il s'agira, suivant l'expression de la Cour de cassation, d'apprécier la force probante du témoignage. En un mot, ce sera une question de pertinence.

Nous pouvons maintenant formuler l'objection de façon plus pressante. Etant donné que le juge du fond est maître de la pertinence, étant donné que l'admission du témoignage indirect est une question de pertinence, étant donné enfin qu'une différence de droit sépare le témoignage indirect du témoignage de commune renommée, en ce sens que le juge est

(1) Note précitée.

maître du premier, mais non du second, il paraît impossible de trouver la définition de ce dernier sur le terrain de la pertinence. En réalité il n'y a là qu'une illusion, et il nous suffit pour la dissiper de préciser notre formule. Si le témoignage indirect, comme tout témoignage réalisant un déplacement de preuve normal peut être ou non pertinent, selon les circonstances, laissées d'ailleurs à la libre appréciation des juges du fond, il en est tout différemment du témoignage de commune renommée. Par sa nature même il ne peut pas être pertinent ; quelles que soient les circonstances, il est nécessairement dénué de pertinence. Sa force probante ne peut être laissée à la souveraine appréciation des juges du fond, parce qu'il n'a pas de force probante. En aucun cas, ceux-ci ne peuvent le déclarer pertinent, il est impossible qu'il le soit. Voilà la raison de la différence établie par la Cour suprême. Pour qu'un témoignage quelconque soit probant il faut qu'il soit pertinent ; le témoignage de commune renommée est probant malgré son défaut de pertinence. Mais alors il doit être rigoureusement limité aux hypothèses fixées par la loi ; le juge ne peut l'étendre en vertu d'un pouvoir impossible ici à exercer. Avant de tirer toutes les conséquences qu'une semblable formule comporte, et qu'on devine déjà, il nous faut en établir solidement l'exactitude. Pourquoi donc le témoignage de commune renommée est-il nécessairement dénué de pertinence ?

Nous avons donné précédemment une définition très vague de la pertinence, en ajoutant qu'il n'était guère possible de la préciser, la pertinence étant une question de fait. La lecture des arrêts confirme pleinement cette assertion. Dans la plupart des cas ils ne fournissent aucune explication, se bornant simplement à déclarer que les faits à eux soumis ne sont pas pertinents. On ignore même le plus souvent quels sont ces faits. Il est toutefois possible de dégager de l'ensemble des arrêts les conditions essentielles requises en principe pour qu'un fait soit pertinent. Ces conditions paraissent se ramener à deux ; il faut d'abord que le fait sur lequel la preuve est dépla-

cée soit précis (1). Il faut ensuite qu'il implique raisonnablement l'existence du fait dont la preuve est nécessaire au gain du procès, qu'il ne puisse raisonnablement s'expliquer autrement (2).

A laquelle de ces deux conditions échappe donc le témoignage de commune renommée? Ce n'est certes pas à la première, l'allégation du témoin de commune renommée pouvant être extrêmement précise. Ce ne peut être par suite qu'à la seconde, mais nous n'en sommes guère plus avancés, car il ne suffit pas de constater que la commune renommée n'implique pas raisonnablement le fait sur lequel elle porte; il faut surtout dire pourquoi. A la vérité, si l'on veut se contenter d'une approximation, la réponse est aisée à donner, car on comprend fort bien qu'en raison de son caractère incertain et changeant la commune renommée n'établisse pas raisonnablement l'existence du fait sur lequel on la consulte. Mais nous voudrions trouver la raison de droit par laquelle se traduit cette idée d'ailleurs fort exacte. Un arrêt assez récent nous permet de l'apercevoir (3). Voici les faits à l'occasion desquels il a été rendu. Une lettre anonyme avait été adressée au parquet de Moutiers signalant comme coupables d'empoisonnement et de complicité d'empoisonnement les sieurs Briançon et Gal; mais aucune poursuite n'avait été ouverte contre les dénoncés. Ceux-ci désirant obtenir de l'auteur de la lettre une réparation légitime demandèrent communication de cette dernière qui leur fut refusée. Ils demandèrent alors à faire entendre plusieurs témoins qui ayant vu la lettre et en reconnaissant l'écriture étaient prêts à affirmer que celle-ci émanait bien de l'intimé. La Cour de Chambéry a repoussé cette demande par l'attendu suivant : « Attendu que les faits articulés ne sont pas concluants (pertinents) ; qu'en effet l'attestation de plusieurs

(1) Pau, 9 juillet 1888, D. 89. 2. 259; Req., 14 février 1876, D. 76. 1. 280; Req., 23 janv. 1894, S. 94. 1. 315; Req., 13 juin 1895, S. 96. 1. 230; Cass., 9 janv. 1900, S. 1902. 1. 406.

(2) Req., 3 janv. 1832, S. 32. 1. 674; Req., 27 nov. 1888, S. 89. 1. 101.

(3) Chambéry, 7 juin 1899, D. 1902. 2. 233.

témoins que la lettre incriminée « émanait bien réellement de « l'intimé, qui l'avait rédigée en entier de sa main, sans « prendre le soin de déguiser son écriture » ne donnerait à cet égard aucune certitude en dehors de tout autre indice conforme tiré de l'étude approfondie et minutieuse de la lettre elle-même, les témoins ayant pu se méprendre sur de simples apparences, alors surtout qu'on n'articule pas qu'ils l'aient examinée très attentivement et rapprochée d'une pièce de comparaison quelconque ». Nous croyons cet arrêt très suggestif. A le lire attentivement, il apparaît que les témoignages repoussés ont été déclarés non pertinents, parce que les témoins, au lieu de déposer sur la connaissance personnelle du fait litigieux, auraient simplement apporté leur opinion ; ils auraient affirmé leur croyance que la lettre avait bien été écrite par l'intimé. Ce qui signifie que l'opinion des témoins est inopérante sur le terrain de la preuve. Le témoignage d'opinion est dénué de pertinence. Mais cette idée ne s'adapte-t-elle pas merveilleusement à la commune renommée ? Le témoignage de commune renommée est-il autre chose qu'un témoignage d'opinion ? Les témoins y déposent purement et simplement sur l'opinion que le public a du fait litigieux. N'est-ce pas alors parce qu'il est essentiellement un témoignage d'opinion que le témoignage de commune renommée est dénué de pertinence ? L'arrêt de Chambéry nous le laisse pressentir. Nous allons en tenter maintenant la démonstration.

Nous posons en principe que l'opinion, qu'elle soit d'ailleurs individuelle ou publique, ne peut jamais servir de preuve. Par elle seule, elle n'a aucune force probante. Mais alors, on le voit, notre débat s'élargit singulièrement. C'est en face du problème très général de l'influence de l'opinion sur le droit que nous sommes directement placés. Si l'idée que nous avons indiquée est exacte, à savoir l'impuissance absolue de l'opinion sur le terrain de la preuve, il devra s'ensuivre que dans tous les cas où elle ne se présentera pas sous la forme précise de la commune renommée, c'est-à-dire, en dehors des hypothèses

très nettes que nous avons dégagées, l'opinion devra être rigoureusement rejetée par les tribunaux, dès qu'on voudra l'utiliser comme moyen de preuve. Autrement dit l'opinion, et plus spécialement l'opinion publique, pourra exercer son influence sur le fond du droit ; elle pourra créer le droit, elle ne pourra jamais le prouver. Sur le terrain de la preuve elle ne pourra agir qu'à titre de sanction et dans le domaine très limité imparti à la commune renommée. Précisément cette double idée ressort très nettement de l'ensemble de notre jurisprudence L'opinion, dans un grand nombre de cas non prévus par la loi, agit sur le fond du droit ; elle est une source de droits. Pareillement, elle peut être utilisée comme instrument de publicité, jamais comme instrument de preuve. Nous allons nous efforcer de mettre en pleine lumière ce phénomène jurisprudentiel d'importance capitale.

Que l'opinion, et particulièrement l'opinion publique, soit créatrice de droits, personne aujourd'hui ne songe à le nier et depuis longtemps l'attention des juristes a été attirée sur ce point. Nous en avons noté nous-mêmes une application bien remarquable en matière de possession d'état. Nous pouvons facilement en ajouter d'autres. Il nous suffit de rappeler tous les cas où la maxime *error communis facit jus* produit effet, notamment quant aux actes accomplis par l'héritier apparent et quant aux hypothèques consenties par les prête-noms de congrégations non autorisées (1). Ajoutons encore l'acquisition par la notoriété publique d'un pseudonyme (2). Au reste il ne s'agit pas pour nous de dresser une liste complète des cas dans lesquels l'opinion est admise en jurisprudence, soit comme source de droits, soit comme instrument de

(1) Cass., 17 juillet 1907, D. 1908. 1. 11 et renvois. V. au reste sur tous ces points. Morin, A propos de la maxime *error communis facit jus, Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1906 ; Zoniewski, thèse Aix, 1905. On trouvera des références plus complètes dans Crémieu. Validité des actes accomplis par l'héritier apparent, *Revue trimestrielle*, 1910, p. 39 et sq.

(2) Seine, 1er août 1903, D. 1904. 2. 4 ; Seine, 24 janv. 1889, *Gaz. Trib.* du 25 janv. 1889 et 22 juill. 1896, D. 97. 2. 13 ; Paris, 6 déc. 1898, *Droit*, 2 janv. 1899.

publicité. Il nous suffit d'avoir constaté son influence sur le fond du droit.

D'autant plus significative va nous apparaître maintenant l'exclusion absolue de l'opinion comme moyen de preuve en dehors des hypothèses où la loi en prescrit l'emploi. Cette exclusion nous est déjà apparue dans l'étude des articles 1415. 1504 et 1442 où nous avons vu la commune renommée cantonnée par la loi et la jurisprudence dans des limites extrêmement étroites. L'arrêt de la Cour de Chambéry du 7 juin 1899 est venu confirmer cette constatation. Nous devons maintenant faire intervenir une série d'arrêts qui constituent autant d'illustrations nouvelles et décisives.

Parmi ces arrêts les plus importants statuent sur les effets à attacher à la notoriété publique. Dans les matières les plus diverses et à toutes les époques, celle-ci a été invoquée devant les tribunaux à titre de preuve. On l'a invoquée tour à tour comme preuve de l'existence d'un contrat dans les cas où cette existence n'est pas soumise à la règle de preuve de l'article 1341, en matière de mandat ou de dépôt (1) ; comme preuve de la solvabilité d'un individu (2); comme preuve d'une faute au sens de l'article 1382 (3) ; comme preuve de l'existence d'une des causes autorisant la séparation de corps ou le divorce (4). Elle a toujours été systématiquement repoussée (5). Cette exclusion est d'autant plus significative que, nous l'avons vu, cette même notoriété publique a été accueillie par la

(1) Metz, 10 janv. 1867, D. 67. 2. 14; Civ., 29 déc. 1875, D. 76. 1. 149 ; Req., 6 juillet 1891, S. 95. 1. 403.

(2) Civ., 22 juill. 1873, S. 74. 1. 127.

(3) Civ., 21 nov. 1893, S. 95. 1. 45.

(4) Paris, 9 mars 1838, S. 38. 2. 255.

(5) Aux arrêts précités *adde* Cass., 20 nov. 1889. S. 90. 1. 7; Cass., 26 juillet 1887. S. 90. 1. 375; Crim., 28 fév. 1891. D 91. 1. 444; Civ., 13 nov. 1892, S. 95. 1. 359. Quand nous disons que la notoriété n'agit jamais sur le terrain de la preuve, nous voulons dire qu'à elle seule, elle est impuissante à faire preuve judiciairement. Mais rien n'empêche qu'elle ne puisse être admise à titre de complément de preuve. Nous avons constaté le même phénomène en matière de possession d'état. V. hypothèses où la notoriete a été admise comme complément de preuve : Douai, 13 août 1884, S. 84. 2. 189 ; Req., 6 juillet 1891, S. 95. 1. 403; Civ., 22 juillet, 1873, S. 74. 1. 127.

jurisprudence comme source de droits, particulièrement en matière d'acquisition d'un pseudonyme (1).

Nous trouvons aussi une autre série d'exemples de ce rejet de l'opinion comme moyen de preuve dans la jurisprudence qui s'est formée sur les reproches. On sait que l'article 283 du Code de procédure civile, énumérant les raisons pour lesquelles dans une enquête un témoin peut être reproché, est considéré par les tribunaux comme purement énonciatif (2) Aux motifs prévus par ce texte, les arrêts en ont ajouté d'autres fort nombreux sur le fondement desquels ils autorisent l'exclusion de témoins. Or parmi ces motifs nouveaux, il en est un qui est pour nous particulièrement significatif. Les juges admettent la mise à l'écart d'un témoin lorsqu'il est susceptible de n'apporter que son opinion sur le fait qu'il s'agit d'établir. C'est principalement à propos de délibérations de conseils municipaux que les arrêts sont intervenus. Voici le plus net d'entre eux (3). Un sieur Epailly voulant avoir sa part dans les affouages communaux demandait à prouver en justice qu'il remplissait les conditions requises pour l'obtention de cette part. Une enquête et une contre-enquête sont ordonnées. Le sieur Epailly demande alors à ce que les dispositions de certains témoins de la contre-enquête ne fussent pas lues par le motif, que ces témoins avaient exprimé leur opinion lors de la délibération du conseil municipal qui lui refusait l'affouage. La Chambre des requêtes, appelée à statuer, l'a fait en ces termes : « Attendu que la Cour de Besançon s'est fondée, d'une part, sur ce fait que ces témoins dont l'un était maire et les deux autres conseillers municipaux de la commune d'Angirez, avaient exprimé leur avis dans la délibération du conseil municipal par laquelle ce conseil avait refusé l'affouage au sieur Epailly ; et d'autre part sur ce que cet avis suffisait pour démontrer que ces témoins avaient une opinion préconçue sur les faits du procès, et pour enlever par suite à leurs

(1) V. les arrêts cités à la note 2 de la page 143.
(2) V. les arrêts cités au *Code de proc. civ. annoté*, Dalloz, art. 283.
(3) Req., 8 mai 1883, S. 83. 1. 295.

déclarations le caractère d'impartialité qui leur était indispensable pour être admises par la justice ». Au contraire les conseillers municipaux sont admis comme témoins lorsqu'il n'apparaît pas qu'ils aient émis une opinion personnelle. « Attendu, nous dit un arrêt de la Chambre des requêtes du 12 février 1862, qu'il n'est nullement établi que dans la délibération du 10 novembre 1855 aucun des témoins reprochés eût émis une opinion personnelle sur les faits servant de base au litige » (1). Les mêmes principes sont appliqués aux membres d'un conseil de fabrique (2). Pareillement, et pour les mêmes raisons, l'avocat qui a plaidé dans la cause en première instance est reprochable comme témoin en appel (3). De même le témoignage des habitants d'une commune est écartée lorsqu'il apparaît, étant donné leur intérêt dans le procès, qu'ils n'apporteraient que leur opinion (4). Enfin la disposition même de l'article 283 touchant les certificats délivrés par un témoin à l'une des parties peut être considérée comme l'expression de la même idée. Les termes mêmes d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 1er juillet 1889 l'indiquent clairement : « Attendu, dit cet arrêt, que l'arrêt attaqué constate que le sieur Perret, témoin de l'enquête, avait dans le cours de l'instance non seulement fait des déclarations, mais écrit une lettre concernant des appréciations personnelles sur l'objet du litige ; que c'est donc par application la plus directe de l'article 283 que son témoignage a été écarté » (5).

Tout cet ensemble de solutions, ajoutées à celles que nous avons déjà relevées, nous permettent d'affirmer maintenant l'absence d'influence de l'opinion sur le terrain de la preuve. Il nous en reste, toutefois, une dernière manifestation à signaler qui pourrait donner lieu à une fausse interprétation. Nous faisons allusion au système jurisprudentiel d'après

(1) Req., 12 février 1862. S. 62. 1. 246.
(2) Cass., 23 janvier 1877. S. 79. 1. 128.
(3) Douai, 1er février 1847. Ch. réun., S. 48. 2. 578.
(4) Req., 2 déc. 1835, S. 36. 1. 413 et Req., 16 nov. 1842, S.
(5) Req., 1er juillet 1889, S. 90. 1. 205.

lequel, lorsque le donateur exprime dans un acte de libéralité son opinion que le bénéficiaire est son enfant illégitime, opinion qui a déterminé sa volonté, l'acte entier se trouve annulé (1). On pourrait être tenté de dire que si l'acte est annulé, c'est sur le fondement de la filiation illégitime dont l'opinion du donateur apporterait la preuve. Nous aurions alors une hypothèse où l'opinion serait utilisée à fin de preuve. Mais une telle interprétation est certainement erronée, car une donation ou un legs faits à un enfant illégitime, fût-il adultérin ou incestueux, ne sont pas nuls, mais seulement réductibles (art. 908 C. civ.). En réalité, l'acte de libéralité est annulé comme reposant sur une cause illicite, l'opinion du disposant. Cette opinion est la source directe de la nullité. Peu importe d'ailleurs qu'elle soit exacte ou erronée. A elle seule elle vicie l'acte. Elle agit sur le fond du droit et non sur la preuve.

Nous sommes donc en présence d'un phénomène indéniable. L'opinion peut créer le droit; elle est impuissante à le prouver. Cette constatation peut, au premier abord, paraître surprenante, car il semble que si l'opinion a la puissance de créer le droit, *a fortiori* doit-elle avoir celle de le prouver. Mais à la réflexion cette opposition de résultats se comprend parfaitement, et nous allons nous efforcer d'en dégager la raison. Nous ne pouvons, à la vérité, en fournir ici une justification complète, car il nous faudrait rechercher les raisons pour lesquelles l'opinion individuelle sous la forme de la bonne foi et l'opinion publique peuvent créer le droit, recherche qui dépasserait manifestement le cercle de cette étude. Au reste, le problème a été aperçu et étudié et il nous suffit de renvoyer aux auteurs qui s'en sont occupés (2). D'ailleurs, la solution qu'il comporte ne nous intéresse pas directement.

(1) Req., 31 juillet 1860, D. 60. 1. 458; 20 juillet 1875, D. 77. 1. 492; 6 déc., 1876, D. *ibid.*; 29 juin 1887, D. 88. 1. 295; Civ., 22 janv. 1867, D. 67. 1. 5.

(2) Aux auteurs que nous avons cités à la note 1 de la page 143, *adde* Em. Levy, *Le Droit repose sur des croyances, Questions pratiques de législation ouvrière*, 1909; Charmont, *Renaissance du droit naturel*, Paris, Masson, 1910

La question essentielle que nous devions résoudre est celle de savoir pourquoi, étant donné que l'opinion peut agir sur le fond du droit, elle est impuissante à produire effet sur le terrain de la preuve.

Cette raison nous croyons pouvoir la formuler ainsi. L'opinion est dénuée de force probante, parce qu'elle échappe à toute discussion et à tout contrôle. C'est en effet une règle générale qui ressort de l'ensemble de notre système de preuves que les éléments même de la preuve doivent être nécessairement soumis au contrôle et à la discussion des parties.

Nous disons d'abord qu'on ne peut contrôler ni discuter une opinion. Cela nous paraît être l'évidence même. On ne pourrait la discuter et la contrôler que si on avait connaissance des faits sur lesquels elle repose, et par hypothèse cette connaissance fait défaut. Si d'ailleurs elle existait, elle suffirait à elle seule à faire preuve complète ; l'opinion des témoins ne serait d'aucune efficacité. L'idée que nous exprimons devient particulièrement frappante appliquée à l'opinion publique. Le témoin de commune renommée apporte une série de bruits qui courent parmi le public, des on-dit. Il ignore lui-même leur origine et leur base. Tout le monde peut-être les ignore. Aucun contrôle n'est possible ; aucune discussion. Admettre alors comme preuve unique et suffisante ces bruits et ces on-dit, c'est laisser purement et simplement la partie à laquelle on les oppose sans défense aucune. Admettre une opinion, c'est se contenter d'une affirmation. C'est mettre celui à qui on l'oppose à la merci de son adversaire. C'est faire du témoin d'opinion le juge véritable.

L'idée que nous venons ainsi de présenter trouve, croyons-nous, une confirmation très nette dans deux séries de décisions sur lesquelles il nous faut insister. Nous avons affirmé, nous basant sur de nombreuses décisions, que l'opinion, en dehors des cas d'application de la commune renommée, n'était jamais admise, dans notre droit, à titre de preuve. Nous devons maintenant tempérer cette formule trop absolue par une réserve qui va mettre en pleine lumière l'idée que nous avons indi-

quée. Cette réserve se laisse aisément deviner. On sait en effet que la loi prend en considération, sur le terrain même de la preuve, l'opinion de deux individus : celle de l'expert et celle du juge Mais précisément les conditions mêmes auxquelles est subordonnée l'efficacité de ces deux opinions impliquent l'idée que les parties doivent pouvoir connaître, discuter et contrôler les éléments mêmes qui concourent à leur formation.

Il est aisé de s'en rendre compte pour l'expert. Lorsque des experts ont été nommés par le tribunal, ils doivent de toute nécessité rédiger un rapport dans lequel ils mentionnent, d'une part, les opérations auxquelles ils se sont livrés, et de l'autre leurs avis et les motifs de ces avis. Les parties peuvent alors contrôler et discuter les conclusions du rapport. Bien entendu ces conclusions ne lient pas le juge qui est libre de les admettre ou de les rejeter (1). Mais ce qu'il est essentiel de remarquer, c'est que chaque fois que dans une expertise une irrégularité a été commise de nature à porter atteinte aux droits de la défense, c'est-à-dire au droit de discussion et de contrôle des parties, les tribunaux annulent l'expertise. Il en est ainsi lorsque les parties n'ont pas été sommées d'assister aux opérations, ou lorsqu'elles n'ont pas été averties du lieu où le rapport serait fait. Il en est de même lorsque les opérations de l'expertise ont été reprises après une suspension *sine die*, ou lorsqu'une deuxième visite a été faite sans que le défendeur en fût informé (2). Par contre, toutes les irrégularités qui n'intéressent en rien ce droit de contrôle et de discussion, telles que le défaut de mention de la remise du jugement aux experts, le fait d'avoir dicté le rapport à un tiers ou à un gref-

(1) Civ., 12 juin 1899, D. 1900. 1. 39; Civ., 11 juillet 1899, D. 1900. 1. 395; Req., 23 mai 1900, D. 1901. 1. 269.

(2) Civ., 11 février 1902, D. 1902. 1. 159; Civ., 20 février 1891, D. 91. 1. 153; Req., 14 déc. 1892, D. 93. 1. 251; Req., 16 juillet 1900, D. 1900. 1. 470; Civ., 30 juin 1902, D. 1907. 1. 436; Req., 28 mars 1905, D. 1905. 1. 192; Civ., 18 oct. 1898, S. 99. 1. 32; Req., 15 fév. 1899, S. 99. 1. 331; Req., 6 août 1906, S. 1906. 1. 504; 19 fév. 1907, S. 1907. 1. 80. V. aussi Req., 11 juin 1901, D. 1901. 1. 395; Civ., 9 juillet 1900, D. 1905. 1. 328; 10 juillet 1907, D. 1908. 1. 32.

fier autre que celui qui était compétent, celui d'avoir dressé plusieurs rapports au lieu d'un seul, n'entraînent pas la nullité de l'expertise (1).

La démonstration devient particulièrement frappante si de l'expert nous passons au juge. Nous avons déjà insisté, lorsque nous avons esquissée la théorie de la neutralité du juge en matière civile, sur l'idée que le juge ne pouvait baser son jugement sur sa connaissance personnelle des faits du procès. Il faut essentiellement que tous les éléments qui déterminent son opinion soient connus, discutés et contrôlés par les parties. Et la Cour de cassation applique de façon très rigoureuse ce principe (2). Nous voyons d'ailleurs dans les considérants mêmes des arrêts la raison que nous venons d'indiquer. Voici par exemple ce que nous dit un arrêt de la Cour de Montpellier : « Considérant que les premiers juges, en opposant ainsi leur propre témoignagne aux assertions du demandeur et aux preuves par lui invoquées, ont méconnu la première règle de toute justice, *ne inauditus condemnetur*, puisqu'en effet la partie ainsi condamnée a été placée dans l'impossibilité de discuter l'opinion du juge, d'en démontrer peut être l'erreur ou l'injustice » (3).

Nous pouvons donc affirmer que c'est de l'impossibilité de discussion et de contrôle que résulte essentiellement le défaut de force probante de l'opinion. Et cela est si vrai que l'un des procédés mêmes de contrôle du témoignage, l'une des sanctions de ce contrôle, nous voulons parler de la règle qui punit sévèrement les faux témoins, fait précisément défaut lorsqu'on se trouve en présence d'un témoignage d'opinion. Un arrêt très ancien, il est vrai, de la Cour de cassation du 16 janvier

(1) Civ., 13 janv. 1902, D. 1903. 1. 317; Req., 13 nov., 1867, D. 68. 1. 214; Req., 15 mai 1876, D. 76. 1. 376.

(2) Nous avons cité quelques arrêts à la note 1 de la page 120, *adde* Rouen, 24 fév. 1890, *Rec. arr. de Caen et de Rouen*, 1890. 1, p. 38 ; Lyon, 3 juillet 1896, D. 97. 2. 93; Limoges, 14 mars 1894, D. 96. 2. 361 ; Paris, 20 déc. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 428; Cass., 3 août 1887, S. 87. 1. 320; Civ., 23 avril 1902, D. 1903. 1. 368; Civ., 27 oct. 1907, D. 1903. 1. 64.

(3) Montpellier, 23 nov. 1852, S 53. 2. 239.

1807 a déclaré qu'il n'y avait pas faux témoignage punissasable si la déclaration du témoin portait, non sur un fait matériel, mais sur un jugement qui lui est personnel et sur l'appréciation qu'il a pu faire. Et effectivement on n'aperçoit pas comment on pourrait incriminer de faux témoignage un témoin de commune renommée. A l'issue de ces développements, l'opposition, qui nous apparaît irréductible, est non pas entre le témoignage direct et le témoignage indirect, mais entre le témoignage de connaissance et le témoignage d'opinion.

Ainsi se trouve confirmée et justifiée l'idée par laquelle nous voulons expliquer le défaut de force probante, et par suite de pertinence, de l'opinion. Nous sommes dès lors en possession de tous les éléments qui nous permettent de définir la preuve par commune renommée. Nous pouvons les résumer dans la formule suivante. La preuve par commune renommée est une preuve testimoniale qui porte sur un fait essentiellement dénué de pertinence, l'opinion publique. On aperçoit maintenant sans peine la raison pour laquelle la preuve par commune renommée agit à titre de sanction. Elle est probante malgré son défaut de pertinence. Elle est probante malgré l'impossibité de discussion et de contrôle. En dernière analyse elle met celui à qui on l'oppose à la merci de son adversaire. Mais on comprend aussi pourquoi l'opinion publique, et dans la plus large mesure l'opinion individuelle, sont rejetées par les tribunaux comme instruments de preuve. L'opinion par elle-même ne peut pas être probante. Son action s'arrête nécessairement au fond du droit (1).

Nous pouvons maintenant et très brièvement résumer les conclusions essentielles de cette étude.

(1) La définition que nous proposons de la preuve par commune renommée entraîne certaines conséquences pratiques Etant donné que c'est une preuve essentiellement dénuée de contrôle, elle devrait échapper à toutes les règles qui de près ou de loin touchent au contrôle du témoignage. C'est ainsi que nous admettrions que l'enquête par commune renommée pût se faire par-devant notaires, que les témoins de commune renommée ne soient pas contraints de prêter serment, qu'ils échappent aux règles sur les reproches.

La plus générale est que la preuve par commune renommée constitue la seule manifestation de l'opinion publique sur le terrain de la preuve. Les institutions qui ont à leur base cette opinion et dont les plus caractéristiques sont la possession d'état et la notoriété ne sont pas des institutions de preuve. Elles sont sans doute des manifestations de l'opinion publique, mais sur le terrain du fond du droit.

En second lieu, dans le domaine extrêment restreint qui lui est imparti, la preuve par commune renommée agit à titre de sanction. Elle punit le mari qui, par sa faute, a empêché la femme d'exercer ses reprises mobilières à l'encontre des créanciers communs (1). Elle punit l'époux survivant soupçonné d'avoir commis un divertissement commun.

Ces deux conclusions trouvent leur raison d'être dans cette dernière idée fondamentale que l'opinion publique, échappant à toute discussion et à tout contrôle, est essentiellement dénuée de force probante. Elle ne peut normalement servir de preuve. Quand elle agit à ce titre, elle devient, par la force même des choses, une sanction. Sur le terrain de la preuve judiciaire, la connaissance seule, au moins en principe, peut être un élément de décision.

(1) On aperçoit maintenant, dans cette hypothèse, la concordance entre la peine et la faute. Le mari a enlevé à la femme tout contrôle à l'encontre des créanciers communs ; elle lui inflige une preuve sans contrôle.

VU :
Le Président de la thèse,
BARTIN.

VU :
Le Doyen,
P. CAUWÈS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
Pour le Vice-Recteur :
L'Inspecteur de l'Académie,
LAMIRAUD

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

PEMIÈRE PARTIE

Etendue d'application de la preuve par commune renommée

PREMIÈRE SECTION. — *Etude des articles 1415 et 1504.* 4

CHAPITRE PREMIER. — Détermination des hypothèses régies par les articles 1415 et 1504 5

Ces articles statuent sur des hypothèses de reprises. Preuve par la commune renommée de l'existence et de l'étendue des reprises. Dissimulation de prix dans l'acte de vente d'un immeuble propre de la femme. Don manuel fait à la femme par son mari ou par un tiers. 5

CHAPITRE II. — Conditions d'application de la preuve par commune renommée à ces hypothèses. 15

Seule la femme et ses héritiers peuvent l'invoquer. Seuls l'absence d'inventaire et l'inventaire volontairement incomplet l'autorisent 15

CHAPITRE III. — La preuve par commune renommée et les créanciers de la communauté. 22

Hypothèses dans lesquelles interviennent les créanciers communs. Influence des articles 1510 et 1499 sur les articles 1504 et 1415. La règle déterminant la preuve des reprises mobilières de la femme à l'encontre des créanciers communs est une règle de régime de communauté. Détermination du droit commun qui serait applicable en l'absence du système établi par les articles 1415, 1499, 1504, 1510. Position précise du problème. Solution doctrinale. Solution jurisprudentielle. Principe d'équité écarté. Justification de la solution jurisprudentielle. Impossibilité d'opposer la commune renommée aux créanciers communs. Ceux-ci ne sont pas les ayants cause du mari ; ils sont les ayants cause de la

Pages

communauté considérée comme une personne morale. Raisons de l'opposition de l'inventaire à la femme créancière. L'inventaire n'est pas un procédé de preuve. C'est un procédé arbitraire de restriction des reprises 22

CHAPITRE IV. — Les articles 1415 et 1504 et les régimes autres que les régimes de communauté. 53

Application du droit commun. Art. 1415 et 1504 écartés. Justification. La commune renommée est indissolublement liée à l'inventaire. 53

Conclusion et formule 59

La commune renommée est la contre-partie de l'inventaire. Elle est un procédé arbitraire d'élargissement des reprises. Le système des articles 1415, 1504, 1499, 1510 est un système d'exercice des reprises. Sa contradiction avec la loi du 13 juillet 1907. . 59

DEUXIÈME SECTION. — *Etude de l'article 1442* 65

Conditions que doit présenter l'inventaire. Opposabilité de la commune renommée aux créanciers du conjoint survivant. Pouvoirs des juges de fait. La commune renommée joue comme une forme atténuée du récel. 65

TROISIÈME SECTION. — *Prétendues applications de la commune renommée en dehors des articles 1415, 1504 et 1442* 73

CHAPITRE PREMIER. — La possession d'état. 74

La possession d'état n'est pas une institution de preuve 74

I. *Possession d'état d'époux.* — Ses deux applications, articles 196 et 197. Dans l'hypothèse de l'article 196 elle est une confirmation du mariage. Dans celle de l'article 197 elle est un équivalent de la célébration 75

II. *Possession d'état d'enfant.* — Sa restriction à la filiation légitime. Elle est une source de la légitimité. Démonstration tirée de l'article 197. 91

CHAPITRE II. — La notoriété 97

Son application principale en matière d'interdiction. Art. 503. Elle sert d'instrument de publicité. Preuve tirée du caractère de la nullité qui frappe les actes visés par l'article 503. Preuve tirée du rapprochement de l'interdiction avec le conseil judiciaire. La notoriété dans les hypothèses des articles 444, 1994 et dans l'article 1, § 6 de la loi du 24 juillet 1889 97

CHAPITRE III. — L'acte de notoriété 105

L'acte de notoriété est un instrument de preuve. Mais il est une application de la preuve testimoniale. Démonstration tirée du rôle des témoins de l'acte de notoriété et des effets attribués à cet acte 105

DEUXIÈME PARTIE

Définition de la preuve par commune renommée

Pages

I. La preuve par commune renommée n'est pas un procédé de preuve original. Distinction entre les procédés de preuve et l'analyse logique de la preuve. Déplacement et décomposition de la preuve 115

II. La commune renommée est un témoignage qui réalise un déplacement de preuve. Notion et applications caractéristiques du déplacement de preuve : la destination du père de famille; l'aveu; la preuve de la propriété immobilière 125

III. Le déplacement de preuve réalisé par la commune renommée est un déplacement de nature spéciale. Il est en dehors des limites du déplacement normal. Limites du déplacement : preuve intrinsèque et pertinence. La commune renommée est essentiellement dénuée de pertinence parce qu'elle est un témoignage d'opinion. Influence de l'opinion sur le droit : elle agit sur le fond du droit, elle n'agit jamais sur la preuve. Nombreux exemples. Explication de ce phénomène. L'opinion échappe à tout contrôle et à toute discussion. Démonstration. Rôle de l'expert et du juge . . . 134

Formule et conclusion 151

LAVAL. — IMPRIMERIE L. BARNÉOUD ET Cie.